

# **FINANSINSTITUSJONERS FRARÅDNINGSPLIKT**

En fremstilling av finansavtalelovens §§ 47 og 60

Kandidatnummer: 343

Veileder: Trygve Bergsåker

Leveringsfrist: 25. november

Til sammen 17997 ord

24.11.2005

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Presentasjon av tema og problemstillinger	1
1.2	Avgrensninger	2
1.3	Definisjoner	3
1.3.1	Finansinstitusjon	3
1.3.2	Forbruker	4
1.3.3	Kausjon	6
1.4	Rettskilder	7
1.5	Metodedel	8
1.5.1	Relevans og vekt for Bankklagenemndas uttalelser	8
1.5.2	Handlenormen ”god bankskikk”?	11
1.6	Oversikt over den videre fremstilling	12
<b><u>2</u></b>	<b><u>FRARÅDNINGSPLIKTEN OVERFOR DEBITOR VED LÅNOPPTAK</u></b>	<b><u>13</u></b>
2.1	Oversikt over § 47 finansavtaleloven	13
2.2	Utviklingen mot § 47 – en endring i rettsstilstanden	13
2.2.1	Den eldre rettsstilstand	13
2.2.2	Veien mot en lovfestet frarådningsplikt	15
2.2.3	§ 47 og forholdet til den eldre rettsstilstand	16
2.3	Hensyn bak bestemmelsen	19
2.3.1	Hensynet til debitor	19
2.3.2	Hensynet til kreditor	20
2.4	Virkeområdet til § 47	21

<b>2.5</b>	<b>Vurderingsgrunnlag og vurderingstidspunkt</b>	<b>23</b>
2.5.1	Vurderingsgrunnlag	23
2.5.2	Vurderingstidspunkt	26
2.5.3	Betydningen av et eventuelt gjeldsregister	27
<b>2.6</b>	<b>Vilkår for frarådningsplikt</b>	<b>28</b>
2.6.1	Økonomisk evne	28
2.6.2	Andre forhold	30
2.6.3	Unntak med grunnlag i debtors kunnskap?	32
<b>2.7</b>	<b>Kravet til underretning</b>	<b>33</b>
<b>3</b>	<b><u>FRARÅDNINGSPLIKTEN OVERFOR KAUSJONIST VED LÅNOPPTAK</u></b>	<b>34</b>
<b>3.1</b>	<b>Oversikt over finansavtaleloven § 60</b>	<b>34</b>
<b>3.2</b>	<b>Utviklingen mot § 60 – en endring i rettstilstanden</b>	<b>35</b>
3.2.1	Den eldre rettstilstand	35
3.2.2	Veien mot en lovfestet underrettelsesplikt og frarådningsplikt	39
3.2.3	§ 60 og forholdet til den eldre rettstilstand	41
<b>3.3</b>	<b>Hensyn bak bestemmelsen</b>	<b>44</b>
3.3.1	Hensyn som er ivaretatt i § 60(1)	44
3.3.2	Hensyn som er ivaretatt i § 60(2)	45
<b>3.4</b>	<b>Generelt om opplysningsplikten ved kausjon</b>	<b>46</b>
<b>3.5</b>	<b>Virkeområdet til § 60</b>	<b>48</b>
<b>3.6</b>	<b>Vurderingsgrunnlag og vurderingstidspunkt</b>	<b>50</b>
3.6.1	Vurderingsgrunnlag	50
3.6.2	Vurderingstidspunkt	52
<b>3.7</b>	<b>Vilkår for underrettelsesplikt og frarådningsplikt</b>	<b>53</b>
3.7.1	Vilkår for underrettelsespliktens inntreden etter § 60(1)	53
3.7.2	Vilkår for frarådningspliktens inntreden etter § 60(2)	53
3.7.3	Unntak med grunnlag i kausjonistens kunnskap?	58

3.8	Kravet til underretning	61
<u>4</u>	<u>VIRKNINGER</u>	<u>62</u>
4.1	Virkninger ved overholdelse av frarådningsplikten	62
4.2	Virkninger ved brudd på frarådningsplikten etter finansavtaleloven	63
<u>5</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>65</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>67</u>
<u>7</u>	<u>FORKORTELSER</u>	<u>67</u>
<u>8</u>	<u>LOVREGISTER</u>	<u>68</u>
<u>9</u>	<u>FORARBEIDER</u>	<u>68</u>
<u>10</u>	<u>ANDRE OFFENTLIGE DOKUMENTER</u>	<u>69</u>
<u>11</u>	<u>DOMSREGISTER</u>	<u>69</u>
<u>12</u>	<u>ANDRE AVGJØRELSER</u>	<u>70</u>

## 1 Innledning

### 1.1 Presentasjon av tema og problemstillinger

Tema for denne spesialoppgaven er ”Finansinstitusjoners frarådningsplikt”. Med frarådningsplikt forstås den plikt finansinstitusjoner kan ha til å råde hoveddebitor eller kausjonist til å unnlate å forplikte seg etter avtalen. Frarådningsplikten er lovfestet i §§ 47 og 60 i lov om finansavtaler og finansoppdrag av 25 juni 1999 nr. 46 (finansavtaleloven). Problemstillingen for oppgaven er å fastlegge omfanget av frarådningsplikten etter disse to bestemmelsene. Fremstillingen har derfor to hovedproblemstillinger. For det første å definere omfanget av frarådningsplikten overfor forbrukere etter § 47. For det andre å definere omfanget av frarådningsplikten etter § 60. En underproblemstilling her er omfanget av underrettelsesplikten etter første ledd. For å få mest mulig oversikt over emnet, må man se dagens lovbestemmelser i sammenheng med den eldre rett. Et sentralt poeng i oppgaven er å problematisere dette forholdet, for igjen å definere omfanget av frarådningsplikten slik den er i dag.

En forutsetning for at frarådningsplikten oppstår, er at låntaker eller kausjonist er i forhandlingsfasen med tanke på en låne- eller kausjonsavtale. Frarådningsplikten inntreffer altså i forbindelse med avtaleinngåelsen og vi er derfor inne på avtalerettens område. Utgangspunktet etter den alminnelige avtalerett er at fysiske og juridiske personer kan inngå bindende avtaler. Hvorvidt avtalen vil være gunstig for avtalepartene, er det opp til den enkelte å vurdere. Den lovfestede frarådningsplikt er på mange måter et unntak fra dette utgangspunktet. Dersom vilkårene for frarådningspliktens inntreden er oppfylt, må långiver råde hoveddebitor eller kausjonist til å unnlate og forplikte seg etter avtalen. Dette innebærer at den ene avtaleparten delvis må bære risikoen for gunstigheten av avtalen for den andre avtaleparten. Frarådningsplikten legger derfor mye ansvar på den ene parten i

avtaleforholdet. Dette bryter sterkt med utgangspunktet som er at kontraktspartene er likestilte.

Problemstillingen knyttet til finansinstitusjoners frarådningsplikt er veldig aktuell.

Umiddelbart skulle man tro at det ikke var behov for en frarådningsplikt. Det er i bankens interesse å inngå avtaler med låntakere og kausjonister med god økonomi. Banken ønsker at låntakeren skal oppfylle avtalen sin. Det vil si å tilbakebetale lånet. Når det gjelder kausjon er det en sikkerhet for banken. Det er derfor i bankens interesse at kausjonisten har økonomisk evne til å oppfylle denne forpliktelsen. Banken er jo nettopp den som kan tape på at kunden er dårlig stilt. Man skulle derfor tro at banken ikke var interessert i å inngå avtaler med låntakere eller kausjonister som sannsynligvis ikke ville kunne oppfylle avtalen. Det viser seg likevel at banker finner dette ønskelig. Høy rente og andre kostnader bidrar til å gjøre slike avtaler lønnsomme. Dette igjen fører til økte kostnader og økt risiko for låntaker. Denne situasjonen bidrar til at stadig flere får økonomiske problemer.

Problemstillingen er derfor aktuell for å hindre en ny gjeldskrise. Man ønsker å få bankene til å ta tak i problemene før de oppstår.

## 1.2 Avgrensninger

Oppgaven er avgrenset til å gjelde långivers frarådningsplikt etter finansavtaleloven §§ 47 og 60. Som nevnt innledningsvis innebærer dette at også underrettingsplikten i § 60(1) behandles. Hovedvekten er lagt på forståelsen av bestemmelsene sett i lys av den eldre rett. Fremstillingen dekker også virkningene av brudd på frarådningsplikten, men her er bare hovedlinjene behandlet.

### 1.3 Definisjoner

Finansavtaleloven § 47 regulerer finansinstitusjoners frarådningsplikt overfor forbrukere ved lånopptak. Dersom forbrukeren har blitt frarådet etter § 47, har finansinstitusjonen en plikt til å underrette kausjonisten om dette, jfr. § 60(1). § 60(2) pålegger finansinstitusjoner en frarådningsplikt overfor forbrukere som ønsker å kausjonere. Det er derfor nødvendig å definere noen av disse begrepene for å plassere oppgaven i en større sammenheng.

#### 1.3.1 Finansinstitusjon

Finansavtaleloven §1 regulerer lovens virkeområde. Loven gjelder ”avtaler og oppdrag om finansielle tjenester med finansinstitusjoner eller lignende institusjoner hvis ikke annet er fastsatt i lov eller i medhold av lov”. Hva som menes med lignende institusjoner er presisert i 2.ledd. Begrepet ”finansinstitusjon” er definert i Lov om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner av 10 juni 1988 nr. 40 § 1-3. Etter denne bestemmelsen er utgangspunktet at finansinstitusjoner er et ”selskap, foretak eller annen institusjon som driver finansieringsvirksomhet”. Unntak fra dette er oppregnet i bestemmelsens pkt. 1-5. Hva som ligger i å drive finansieringsvirksomhet er presisert i § 1-2. Her fremkommer det at å drive finansieringsvirksomhet er å ”yte, formidle eller stille garanti for kreditt eller på annen måte medvirke ved finansiering av annet enn egen virksomhet”. Unntak fra dette er nedfelt i pkt. 1-7. § 1-4 regulerer videre hvem som kan drive finansieringsvirksomhet. I pkt.1-5 er det oppregnet en uttømmende liste. Her er det blant annet regnet opp sparebanker, forretningsbanker, selskap og institusjoner som omfattes av forsikringsvirksomhetsloven. Utenlandske finansinstitusjoner som opererer i det norske markedet overfor forbrukere vil også omfattes av loven, jfr. Innst.O.nr.84(1998-1999) ”Innstilling fra justiskomiteen om lov om finansavtaler og finansoppdrag” (heretter kalt Innst.) (pkt. 5).

### 1.3.2 Forbruker

Hva som menes med forbruker er nedfelt i finansavtaleloven § 2. Dette begrepet er sentralt ettersom lovens definisjon av forbruker har to viktige funksjoner.<sup>1</sup> Den trekker for det første opp grensen for bestemmelsens ufravikelighet, jfr. § 2(1). Dette er viktig da forbrukeren fremstår som den svake part ved inngåelse av finansavtaler. Den annen part vil være en finansinstitusjon som har mer ressurser og kunnskap enn forbrukeren. Det er også de som utformer avtaledokumentene. For at reglene i finansavtaleloven skulle få den tilsiktede effektivitet, mente Banklovkommisjonen at reglene ikke kunne fravikes til skade for forbrukere.<sup>2</sup> For det andre bidrar definisjonen til å avgrense virkeområdet for flere av lovens regler. Deriblant nettopp §§ 47 og 60.

Etter § 2(1) i finansavtaleloven er forbruker definert som ”en fysisk person når avtalens formål for denne ikke hovedsakelig er knyttet til næringsvirksomhet”. Det sentrale ved definisjonen er at det dreier seg om en ”fysisk person”. Det er imidlertid presisert i NOU 1994:19 ”Finansavtaler og finansoppdrag” (heretter kalt NOU) (s. 96) at forbrukerbegrepet også vil kunne omfatte tilfeller der ”en fysisk person opptrer på vegne av en organisert gruppe”. En slik gruppe kan være en syklubb etc.

Begrepet utelukker juridiske personer fra å være forbrukere. Det ble drøftet i forarbeidene hvorvidt juridiske personer som i realiteten var en gruppe forbrukere skulle omfattes av begrepet, jfr. NOU (s. 96). Banklovkommisjonen valgte likevel å avgrense mot juridiske personer. Dette ble fulgt opp av departementet, jfr. Ot.prp.nr.41(1998-1999) ”Om lov om finansavtaler og finansoppdrag” (heretter kalt Ot.prp) (s. 21). Departementet presiserte her at det var mye som talte for at forbrukerbegrepet ikke burde utelukke juridiske personer. På den annen side vil en regel som bygger på personlig formål innebære en vanskelig avgrensning i forhold til finansavtaler. Departementet ønsket derfor at avgrensningen skulle ”knyttes til begrepet fysisk person”.

---

<sup>1</sup> Ot.prp (s. 19)

<sup>2</sup> NOU (s. 40)



Det følger videre av § 2(1) 2. punktum at formålet med avtalen for den fysiske personen ”ikke hovedsakelig” kan være ”knyttet til næringsvirksomhet”. Et formål knyttet til næringsvirksomhet vil være en avtale om lån til et enkeltmannsforetak. Dersom avtalen har både et forbruksmessige og næringsmessige formål, vil det avgjørende formål være det som er mest dominerende, jfr. lovens uttrykk ”hovedsakelig”. Loven stiller ikke som den ”gamle” kjøpslovens § 4 noe krav til at dette formålet skal være synbart for den andre parten. At det ikke er synbart for finansinstitusjonen at formålet er forbruksmessig, hjemler derfor ikke et snevrere forbrukerbegrep.

Det kan også reises spørsmål om § 2(2) 3.punktum utvider denne forbrukerdefinisjonen i forhold til lovens kapittel 3. Etter denne bestemmelsen kan ikke bestemmelsene i kapittel 3 ”fravikes til skade for låntakeren dersom låntakeren er en fysisk person, og lån eller lignende kreditt er sikret ved pant i et formuesgode som tilhører låntakeren uten at godet hovedsakelig er knyttet til låntakerens næringsvirksomhet”. Ettersom § 47 er en bestemmelse i kapittel 3, blir spørsmålet hva som menes med ”forbruker” i § 47. Dette spørsmålet ble reist i Rt.2004 s.156. Saken gjaldt B som tok opp lån i Bank A med pant i boligen sin. Lånet ble brukt til finansiering av forretningsvirksomhet. B mente banken burde ha frarådet låneopptaket, jfr. finansavtaleloven § 47. Spørsmål om han var en ”forbruker” ettersom § 47 bare gjelder i forbrukerforhold. Kjøremålsutvalget la til grunn at forbrukerbegrepet i § 2(1) måtte legges til grunn. § 2(2) 3.punktum medførte ikke noen utvidelse av anvendelsesområdet for § 47. Denne forståelsen av ”forbruker” er også fulgt opp i BKN-04164.

Forbrukerbegrepet har tidligere vært uklart i norsk rett. I forbindelse med vedtakelsen av forbrukerkjøpsloven skjedde det en endring. I Innst.O.nr.69 (2001-2002) ”Innstilling fra Justiskomiteen om lov om forbrukerkjøp” (pkt. 3.4) fulgte Justiskomiteen opp forslaget fra Justisdepartementet om ”en harmonisering av forbrukerbegrepet i forbrukerlovgivningen”. Forbrukerbegrepet i forbrukerkjøpsloven skulle legges til grunn i flere lover. Dette medførte ”endringer i produktkontrolloven, forbrukertvistloven, lov om merking av

forbruksvarer mm, lov om kredittkjøp, håndverkertjenesteloven, bustadoppføringsloven og angrerettloven”, jfr Lov om forbrukerkjøp 21. juni 2002 nr. 34. Fellesnevneren for forbrukerbegrepet i disse lovene er at forbrukeren må være en ”fysisk person” og at avtalen ikke må være ”ledd i næringsvirksomhet”. Dette innebærer at forbrukerkjøpslovens forståelse av forbruker delvis bygger på finansavtalelovens definisjon.

Finansavtalelovens forbruksdefinisjon ligger også ”meget nær forbrukerbegrepet i rådsdirektiv 87/ 102/ EØF om forbrukerkreditt”. Forbrukerbegrepet her ”er identisk med de definisjoner som gjennomgående er benyttet i andre EU forbrukerdirektiver”, jfr. NOU (s.95).

### 1.3.3 Kausjon

”Kausjon” er ikke gitt noen alminnelig definisjon i lovverket. Banklovkommisjonen ønsket at begrepet skulle få et tilstrekkelig vidt anvendelsesområde. Uttrykket har likevel et relativt klart innhold i juridisk terminologi. Carsten Smith har i sin bok ”Garantikrav og garantisvern(1980) pekt på ulike momenter som kjennetegner en kausjon. På side 50 flg. karakteriserer han kausjon som ”en overenskomst med en annens fordringshaver”. Overenskomsten skal innebære ”at kausjonisten skal være ansvarlig sammen med skylderen i hovedforholdet”. I samskyldnerforholdet er hoveddebitor og kausjonisten solidarisk forpliktet. Kausjonen skal på denne måten ”gi kreditor en større sikkerhet for at han får dekning”. Kausjonistens garanti for at hoveddebitor oppfyller forpliktelsen, medfører at kausjonsforholdet atskiller seg fra andre solidarforhold.

Banklovkommisjonen har i NOU ikke foreslått noen legaldefinisjon av uttrykket ”kausjon”. De legger på s.174 kjennetegnene til Carsten Smith til grunn. Dersom en avtale eller et løfte har slike kjennetegn, vil det være å anse som en kausjon etter kapittel 4. Det avgjørende for vurderingen er derfor hvorvidt ”avtalen har et slikt formål og slike økonomiske virkninger som er typisk for kausjon”, jfr.Ot.prp (s.63). Hva avtalen i realiteten innebærer er derfor det avgjørende, ikke hvilke betegnelser som er brukt. Det typiske for en kausjon er at det innebærer medansvar for gjeld.

## 1.4 Rettskilder

Utgangspunktet ved løsning av rettsspørsmål knyttet til finansinstitusjoners frarådningsplikt er ordlyden i §§ 47 og 60 i finansavtaleloven. Utover dette gir forarbeidene til disse bestemmelsene god veiledning. Bestemmelsene er i overensstemmelse med lovforslaget til mindretallet i Banklovkommisjonen. Dette forslaget ble ikke fulgt opp av departementet, men ble tatt inn i loven under stortingsbehandlingen, jfr. Innst. (pkt.9.4). Det er derfor forslaget til Banklovkommisjonens mindretall i NOU (s. 54 flg.) som er veiledende for forståelsen av bestemmelsene. Disse forarbeidene er av stor betydning ettersom bestemmelsene er relativt nye og av den grunn foreligger det ikke så mye praksis.

Det finnes noe høyesterettspraksis og underrettspraksis som belyser bestemmelsene. Den begrensede praksis fra domstolene skyldes at bestemmelsene er relativt nye. §§ 47 og 60 regulerer bare låne- og kausjonsavtaler fra etter lovens ikrafttredelse 1.juli 2000. Ettersom bestemmelsene er bygget på de samme hensyn og er ganske likt utformet, vil praksis under § 60 kunne være av betydning for tolkningen av § 47 og omvendt.

Før lovens ikrafttredelse var det Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt, og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) §§ 30, 33 og 36 samt ulovfestede regler om lojalitetsplikt i kontraktsforhold som satte standarden for frarådningsplikten.<sup>3</sup> Ettersom lovbestemmelsene i hovedsak er en skjerpelse av eldre rett<sup>4</sup>, vil eldre rettspraksis være av begrenset betydning. Enkelte momenter og grunntanker fra de eldre dommene vil likevel kunne være av veiledende art.

Praksis fra Bankklagenemnda er den mest omfattende på området. Dette skyldes at Bankklagenemnda er det sentrale tvisteløsningsorgan for bankjuridiske spørsmål innen

---

<sup>3</sup> Pkt. 2.2.1 og 3.3.1

<sup>4</sup> Pkt. 2.2.3 og 3.2.3

forbrukerområdet. Dette skyldes igjen at nemndas behandling er enkel og kostnadsfri, jfr. Hovedavtalen for Bankklagenemnda. Behandling i nemnda er derfor et godt alternativ til en tidkrevende og kostnadskrevende domstolsbehandling.

Forbrukertvistutvalget har et par relevante avgjørelser knyttet til temaet. De gjelder ikke direkte på finansavtalovens område, men er brukt til å underbygge betydningen av frarådningsplikten.

## 1.5 Metodedel

Utgangspunktet for oppgaven er vanlig juridisk metode. Det meste av praksis er hentet fra Bankklagenemnda. Et interessant metodespørsmål for denne oppgaven er derfor spørsmålet om relevans og vekt for disse uttalelsene. Et annet metodespørsmål som skal behandles kort, er spørsmålet om ”god bankskikk” har blitt en handlenorm for bankene

### 1.5.1 Relevans og vekt for Bankklagenemndas uttalelser

Spørsmålet om Bankklagenemndas uttalelsers relevans og vekt er ikke klart fastlagt i norsk rett. Det foreligger ingen Høyesterettsdommer som direkte avklarer spørsmålet. Det foreligger imidlertid dommer fra Høyesterett som drøfter andre domstolslignende organers praksis. Synet her kan ha betydelig overføringsverdi.

I Rt.1975 s.992 drøftet retten betydningen av en ligningspraksis. Praksisen var bare 7-8 år gammel og den var ikke entydig. Høyesterett kom derfor til at praksisen ikke kunne tillegges betydelig vekt. Denne dommen vil imidlertid ikke være avgjørende for drøftelsen av problemstillingen ovenfor. Dette er grunnet i organenes forskjellige arbeidsform. Bankklagenemnda har skriftlig saksbehandling. Sakene avgjøres i møter hvor nemnda som hovedregel må være fulltallig for å være beslutningsdyktig. Etter hovedavtalen § 4-1(4) skal også motparten alltid gis anledning til å uttale seg. Denne arbeidsformen avviker fra forvaltningens arbeidsform. Dette er av betydning ved vurderingen av uttalelsenes relevans og vekt.

I Rt.1982 s.1062 valgte Høyesterett å ikke legge vekt på en entydig praksis fra Forbrukerombudet. Retten mente praksisen var for sparsom og ny. Denne dommen vil heller ikke være avgjørende ved vurderingen av verdien av Bankklagenemndas uttalelser. Forbrukerombudet fremmer og forbereder saker for Markedsrådet som igjen treffer bindende avgjørelser. Ettersom Forbrukerombudet kan bringe sakene inn for et eget beslutningsorgan, Markedsrådet, er det grunn til å hevde at ombudets uttalelser skal ha mindre vekt.<sup>5</sup>

Betydningen av Næringslivets Konkurransautvalgs uttalelser ble drøftet i Rt.1984 s.248. På side 258 uttaler førstvoterende, med tilslutning fra et enstemmig Høyesterett, at ”De responsa som avgis av et organ som Næringslivets Konkurransautvalg binder ikke domstolene, selv om jeg er enig i at det ofte vil være naturlig å tillegge dem betydelig vekt”. Næringslivets Konkurransautvalg avgir også rådgivende uttalelser. Det er en eldre institusjon sammenlignet med Bankklagenemnda. Likevel er antall uttalelser derifra ganske moderat. Bankklagenemnda er en yngre institusjon, men har likevel en omfattende praksis. Denne likheten mellom institusjonene er et argument i retning av å tillegge denne dommen vekt ved vurderingen av Bankklagenemndas praksis.

Høyesterett la vekt på praksis fra Forsikringsskadenemnda i Rt.1987 s.744. Et spørsmål i denne saken var forståelsen av uttrykket ”innbrudd” i et forsikringsvilkår. Høyesterett valgte her å legge vekt på forståelsen fastsatt i praksis fra Forsikringsskadenemnda. Spørsmålet blir derfor om denne dommen kan tas til inntekt for at Bankklagenemndas uttalelser også er av betydning. Det er grunn til å påpeke at Forsikringsskadenemnda og Bankklagenemnda har mange likhetstrekk. Avgjørelsene er offentlige. De binder ikke partene, men de er rådgivende. Nemndene skal varsles dersom uttalelsen blir fraveket. Behandlingen i nemnd er enkel, rimelig og innebærer en rask behandlingstid. Uttalelsene kan også overprøves av domstolene. Både Forsikringsskadenemnda og Bankklagenemnda

---

<sup>5</sup> Torvund, Olav ”Betalingsformidling” (s.57).

er kyndige organer ettersom de ledes av dommere og universitetspersoner. Disse likhetstrekkene er sterke argumenter i retning av å tillegge Bankklagenemndas uttalelser tilsvarende vekt.

På den annen side tillå Høyesterett nemndpraksis ”begrenset betydning” i Rt.1993 s.1482 og i Rt.2000 s.70 så Høyesterett helt bort fra Forsikringsskadenemndas syn. Rettspraksis er derfor ikke helt entydig når det gjelder betydningen av andre organer avgjørelser.

At Bankklagenemndas uttalelser skal være av betydning har støtte i NOU (s.100). Banklovkommisjonen kommenterer her Bankklagenemndas autoritet.

*Det er kommisjonens inntrykk at Bankklagenemnda har fungert tilfredsstillende. Nemnda har vært tilført ressurser som har gjort den i stand til å behandle innkommende klager på en effektiv og forsvarlig måte.*

(...)

*Nemnda har ved dette etablert seg som tvisteløsningsorgan med betydelig autoritet i bransjen, samtidig som den fyller en viktig oppgave som rådgivningsorgan.*

At uttalelsene fra Bankklagenemnda kan få stor betydning er også bevist i finansavtaleloven. For det første er en del bestemmelser et utslag av nemndas praksis. Et eksempel på dette er tvister knyttet til betalingskort. Før finansavtaleloven var lovgivningen på dette området beskjeden. De lave kostnadene for behandlingen i nemnda, førte til at Bankklagenemnda fikk et større og bredere sakstilfang enn de underordnede domstolene. Nemndas praksis knyttet til betalingskort har derfor vært et viktig bidrag til finansavtalelovens bestemmelser. For det andre viser § 4 i finansavtaleloven at behandlingen i nemnd har vært vellykket. Denne bestemmelsen lovfester muligheten til å opprette særskilte tvisteløsningsorgan.

Det er derfor klart at nemnda er et kyndig organ som har fattet mange avgjørelser på området. Viktig i denne sammenheng er også at bankene retter seg etter uttalelsene. Det er

derfor grunn til å tro at Høyesterett vil velge å tillegge Bankklagenemndas uttalelser relevans og vekt.<sup>6</sup> Når det gjelder vekt vil uttalelser på velkjente rettsområder ha liten vekt. På områder der gjeldende rett er uklar eller åpen vil uttalelsene vektlegges noe mer. Dette gjelder særlig dersom nemnda har truffet en serie avgjørelser på området.

Som nevnt ovenfor er det få rettskilder knyttet til oppgavens problemstilling. Foruten finansavtaleloven selv og forarbeidene er det praksis er det Bankklagenemnda som dominerer. Dette innebærer at uttalelsene fra Bankklagenemnda vil tillegges betydelig vekt i denne fremstillingen.

Mange av uttalelsene fra Bankklagenemnda stammer fra tiden før finansavtalelovens ikrafttredelse. Disse uttalelsene vil som de eldre dommene kunne være av betydning. Som nevnt i pkt. 2.2.3 er lovbestemmelsene i hovedsak en skjerpelse av den eldre rett. Ved bruk av uttalelsene fra før finansavtaleloven må man derfor ta hensyn til dette.

### 1.5.2 Handlenormen "god bankskikk"?

I NOU er flere påstander grunnet i "god bankskikk" eller "god bankpraksis". Det er blant annet nevnt som grunnlag for kredittprøving (s. 55) og som alternativt grunnlag for frarådningsplikten (s. 53). Dette er ikke et innarbeidet uttrykk i norsk rett på samme måte som "god meglerskikk". Likevel er det nevnt flere steder i forarbeidene. Spørsmålet her er om det er grunnlag for å hevde at dette er en slags doktrin eller norm for bankene som de må rette seg etter.

I en dom publisert i RG.1994 s.334 fant retten at det var i strid med "god bankpraksis" å ikke si opp en konto før etter 4,5 år. I en uttalelse fra Bankklagenemnda publisert i BKN-03071 la nemnda til grunn at det var i strid med "god bankskikk" at en betydningsfull beslutning ble tatt uten grundigere rådgivning fra banken. I BKN-02004 hjemlet nemnda "god banksikk" i avtaleloven § 36. Det finnes derfor grunnlag for å hevde at "god

---

<sup>6</sup> Hagstrøm, Viggo. Bankklagenemndas praksis (s.12)

banksikk” har etablert seg som en handlenorm for banker i tillegg til de som følger av lovens regler. Avgjørelsene ovenfor bruker ”god banksikk” som en norm ved vurderingen av om banken har opptrådt uaktsomt og ved rimelighetsvurderingen etter § 36. Det følger derfor av dette at virkningene ved brudd på handlenormen gir hjemmel til å statuere ugyldighet og/ eller gi erstatning.

## 1.6 Oversikt over den videre fremstilling

Fremstillingen videre er delt i to hoveddeler. Disse hoveddelene fremstiller grunnlag og vilkår for långivers frarådningsplikt etter henholdsvis §§ 47 og 60. Etter disse drøftelsene følger en kort fremstilling av virkningene ved overholdelse og brudd på frarådningsplikten.

Begrepet ”långiver” i §§ 47 og 60 omfatter mange finansinstitusjoner. Selv om mye av praksis og derfor også oppgaven knytter seg til banker, gjelder tilsvarende for andre långivere.



## **2 Frarådningsplikten overfor debitor ved lånopptak**

### **2.1 Oversikt over § 47 finansavtaleloven**

Finansavtaleloven § 47 regulerer finansinstitusjoners frarådningsplikt overfor forbrukere. Etter denne bestemmelsen inntreer frarådningsplikten ved opptak av lån. Grunnlaget for en eventuell frarådningsplikt er ”at økonomisk evne eller andre forhold på låntakerens side tilsier at denne alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp lånet”.<sup>7</sup> Dersom finansinstitusjonen kommer til at låntakeren bør avstå fra å ta opp lånet skal ”långiveren skriftlig underrette låntakeren om dette”. Brudd på frarådningsplikten medfører at ”låntakerens forpliktelser lempes for så vidt dette finnes rimelig”.<sup>8</sup>

### **2.2 Utviklingen mot § 47 – en endring i rettstilstanden**

#### **2.2.1 Den eldre rettstilstand**

Finansavtaleloven trådte i kraft den 1.juli 2000. Før denne tid var det lojalitetsplikten i kontraktsforhold og avtaleloven §§ 30, 33 og 36 som var avgjørende for frarådningspliktens omfang. Etter den alminnelige lojalitetsplikt er partene i et avtaleforhold pliktige til å opptre aktsomt og lojalt så lenge forpliktelsen består, jfr.Rt.1988 s.1078. Det vil derfor kunne være i strid med lojalitetsplikten å inngå en låneavtale med en debitor som kreditor vet ikke vil kunne oppfylle avtalen.

Utgangspunktet for vurderingen etter den eldre rettstilstand ble fastsatt i blant annet Rt.1959 s.248. Høyesterett uttalte her at det er kjøper som er nærmest til å vurdere sin egen betalingsevne. Kjøper har derfor risikoen for at finansieringen vil gå i orden.

---

<sup>7</sup> Pkt. 2.6

<sup>8</sup> Pkt. 4

Grensen for når dette utgangspunktet kunne fravikes ble fastsatt i Rt.1959 s.1048.

Denne dommen gjaldt salg av en fast eiendom. Selgeren gjennomførte her salget selv om han skjønte at kjøperen ikke ville make kjøpet økonomisk sett. Spørsmålet var om selgeren kunne kreve handelen opprettholdt eller om det var et brudd på avtaleloven § 33. Ved avtalens inngåelse hadde selgeren kunnskap om kjøpers mulighet til å oppfylle kontrakten. Høyesterett uttalte om dette at kjøperen ”hadde innlatt seg på et håpløst foretagende” og selgeren forstod dette. Til tross for at kjøperen i utgangspunktet var nærmest til å vurdere sin egen betalingsevne, jfr. Rt.1959 s.248, mente retten at det var rom for et unntak her. Det avgjørende var at selgeren forstod at kjøperen ”åpenbart ikke kunne oppfylle kontrakten”. Selgeren var mer forretningskyndig enn kjøperen og derfor best rustet til å bedømme kjøperens betalingsevne. Kjøperen hadde liten evne til å ivareta sine interesser. Alle disse momenter hadde selgeren ”hatt åpne øyne for”. Høyesterett påpekte også at i kontrakter som dette, som er av største betydning for kjøperen, er ”det meget nødvendig at selgeren går forsvarlig frem”. Ettersom opprettholdelse av kontrakten ville medføre at kjøperen ble stilt i en svært vanskelig situasjon ”vilde det stride mot redelighet og god tro, om han gjorde erklæringen gjeldene”, jfr. avtaleloven § 33. På dette grunnlag erklærte Høyesterett avtalen ugyldig. Selv om denne dommen gjaldt ugyldighet, er den tatt til orde for også å trekke opp grensen for frarådningsplikts inntreden, jfr.Rt.2003 s.1252.

I Rt.2003 s.1252 drøftet Høyesterett en banks frarådningsplikt ved låneopptak. Høyesterett presiserte først at låntaker i utgangspunktet må vurdere sin egen betalingsevne, jfr.Rt.1959 s.248. Dersom det foreligger et ”håpløst foretagende” kan det tjene til inntekt for en frarådningsplikt, jfr.Rt.1959 s.1048. Når det gjelder tolkningen av dette uttaler Høyesterett:

*Med det var det stilt opp unntak frå eit absolutt ansvar og ein absolutt risiko for låntakar eller kjøpar. Formuleringane gav ikkje utan vidare grensa for når det var grunnlag for å gjere unntak, men det er ikkje tvilsamt at det var tale om unntak i heilt særskilde situasjonar.*

Denne dommen presiserte også at det siden 1959 har foregått en generell utvikling i retning av å tillegge forbrukerhensyn mer vekt. ”Dagens syn” på forbrukere tilsier derfor en utvidende tolkning av dommen ovenfor.

Dommen fra 1959 har også lagt grunnlaget for mye praksis i Bankklagenemnda. Rt.1959 s.1048 har stadig blitt brukt som argument for at det foreligger en frarådningsplikt overfor den annen part dersom man må forstå at denne ikke vil kunne oppfylle sine forpliktelser. Forarbeidene til §§ 47 og 60 viser også til avgjørelsen fra 1959, jfr. NOU (s. 54). Det er derfor klart at dommen publisert i Rt.1959 s.1048, var det avgjørende grunnlag for fastsettelsen av frarådningsplikten inntreden etter den eldre rettstilstand.

### 2.2.2 Veien mot en lovfestet frarådningsplikt

Før Finansavtalelovens inntreden var det få bestemmelser om finansavtaler og finansoppdrag. Lovutkastet i NOU representerte en helt ny lovgivning på området. Banklovkommisjonen ønsket blant annet å innføre bestemmelser som hindret at lånesøkere med svak økonomi tok opp lån. Kommisjonens forslag knyttet seg til ”regler om rådgivningsansvar, regler om kredittprøving og regler om frarådningsplikt”.<sup>9</sup>

Når det gjelder frarådningsplikt, var det som nevnt ovenfor uenighet mellom kommisjonens medlemmer. Mindretallet i Banklovkommisjonen ønsket å lovfeste en frarådningsplikt overfor låntakere. Flertallet derimot mente at fordelene ved en lovfesting ikke veide opp for alle ulempene. De mente forslaget skapte for mye tvil. Ettersom man allerede hadde et grunnlag for frarådningsplikt, ville en lovfesting virke uheldig.<sup>10</sup>

Mindretallet ønsket å lovfeste bestemmelser som hindret forbrukere å ta opp lån, uten tilstrekkelig økonomisk evne. De foreslo derfor å pålegge långiver en frarådningsplikt

---

<sup>9</sup> NOU (s. 53)

<sup>10</sup> NOU (s. 53)

overfor forbrukeren ved lånopptak. Vilkåret skulle være at økonomisk evne eller andre forhold på låntakerens side tilsier at denne alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp lånet.<sup>11</sup>

Flere høringssinstanser var enig med mindretallet i Banklovkommisjonen. Forbrukerrådet pekte særlig på den erfaring at lojalitetsplikten og avtaleloven ikke ”i tilstrekkelig grad reduserer institusjoners ”villighet” til å yte lån i slike tilfeller”, se Ot.prp. (s. 57). De var derfor uenig med flertallet i Banklovkommisjonen om at ”dagens rettstilstand” dekket behovet.

Departementet var enig med flertallet i Banklovkommisjonen. De mente en lovfesting av frarådningsplikten ville virke konfliktskapende. Selv om forslaget i seg selv kunne være et godt virkemiddel, gikk de likevel imot et slikt forslag.<sup>12</sup>

Justiskomiteen var enig med mindretallet i Banklovkommisjonen. De ønsket å lovfeste en frarådningsplikt overfor forbrukere. Ettersom finansinstitusjonene sitter inne med ”kompetanse, erfaring og vurderingsevne i forhold til om det vil være økonomisk forsvarlig for en låntaker å ta opp lån” bør dette komme forbrukeren til gode, jfr. Innst. (pkt. 9.4). Siden området nå blir lovregulert, er det naturlig at også frarådningsplikten lovfestes. Forslaget til mindretallet i Banklovkommisjonens ble derfor fulgt opp i Stortinget.

### 2.2.3 § 47 og forholdet til den eldre rettstilstand

Som nevnte i punkt 2.2.1 var grunnlaget etter den eldre rettstilstand avtaleloven §§ 30, 33 og 36 samt det ulovfestede lojalitetsprinsipp. Når det gjelder grensen for frarådningspliktens inntreden ble det fastsatt i Rt.1959 s.1048. Det måtte dreie seg om et ”håpløst foretagende”. Spørsmålet er hvordan dette stiller seg til § 47.

---

<sup>11</sup> NOU (s. 54 flg.)

<sup>12</sup> Ot.prp. (s.58)

§ 47 synes etter en naturlig språklig forståelse å endre rettstilstanden. Dette gjelder for det første terskelen for når frarådningsplikten inntreffer. Långiveren har etter § 47 en frarådningsplikt når låntakeren ”alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp lånet”. Dette innebærer at terskelen er lavere enn da grensen var et ”håpløst foretagende”. Det er også foretatt endringer når det gjelder vilkårene. Etter lovteksten kan både sviktende ”økonomisk evne” og ”andre forhold” på låntakerens side medføre at frarådningsplikten inntreffer. Finansinstitusjonen må derfor i tillegg til de økonomiske aspekter vurdere den forretningsmessige siden ved engasjementet. Som nevnt ovenfor er det presisert i NOU (s. 55) at det å yte lån til kjøp av en leilighet betydelig over markedspris kan utløse frarådningsplikten. Lovteksten pålegger derfor en vidtgående frarådningsplikt.<sup>13</sup>

En så omfattende frarådningsplikt var det ikke hjemmel for å pålegge etter den eldre rettstilstand. I Rt.2003 s.1252 tok Høyesterett utgangspunkt i spørsmålet om det dreide seg om et ”håpløst foretagende”. Retten presiserte at det før finansavtaleloven var ”særs avgrensa unntak frå prinsippet om at ein låntakar må vurdere eiga betalingsevne og har risikoen om han tar feil”. Et ”håpløst foretagende” var et unntak for de ”særskilde situasjonar”. Høyesterett nevnte også at § 47 var en nyskapning.

Forholdet mellom den eldre rettstilstand og finansavtaleloven § 47 er også kommentert i en uttalelse fra Bankklagenemnda publisert i BKN-03140.

*Når det gjelder spørsmålet om bankens eventuelle frarådningsplikt, legger Bankklagenemnda til grunn at det skjedde en endring i rettstilstanden i retning av å pålegge institusjonene større forpliktelser da finansavtaleloven trådte i kraft pr. 1.juli 2000. Før den tid var det prinsippet om ”håpløst foretagende”, jfr.Rt.1959 s.1048, som dannet utgangspunktet for vurderingen.*

---

<sup>13</sup> Hagstrøm, Viggo. Obligasjonsrett (s. 76)

På den annen side fremkommer det av forarbeidene at § 47 ”i hovedsak er en kodifisering av det som i dag følger av avtaleloven §§ 30, 33 og 36, samt av ulovfestede rettsregler om lojalitetsplikt i kontraktsforhold”, jfr. NOU (s. 54). Forarbeidene kan derfor tolkes dit hen at lovforslaget ikke er ment å endre rettstilstanden

Samlet sett er det naturlig å konkludere med at lovfestingen har endret rettstilstanden. Forbrukernes stilling er styrket ettersom frarådningsplikten er mer omfattende. Både ordlyden og praksis peker i denne retningen. Forarbeidene er ikke direkte i strid med dette ettersom de sier ”i hovedsak”. Uttalelsen gir derfor rom for at det kan forekomme ulikheter. Samtidig er det grunn til å påpeke at uttalelser i forarbeidene, som ikke direkte gjelder tolkningen av lovforslaget, skal vektlegges som juridisk teori.

Det kan i denne sammenheng derfor være av interesse å se på flertallet i Banklovkommisjonen sine uttalelser i NOU (s. 53). Flertallet var imot en kodifisering ettersom forholdene uansett ”vil kunne falle inn under generelle bestemmelser i norsk avtalerett, eller under ulovfestede regler”. Flertallet mente også at lovforslaget reiste for mye tvil. Som en konklusjon kom flertallet til at ”en regel ikke bare ville være unødvendig, men at den dertil kunne virke uheldig”. Som nevnt ovenfor har vi fått en strengere frarådningsplikt etter innføringen av § 47. Det blir derfor feil i dag å si at kodifiseringen var unødvendig.

## 2.3 Hensyn bak bestemmelsen

### 2.3.1 Hensynet til debitor

Hensynet til debtors økonomi er etter mindretallet i Banklovkommisjonens forslag hovedformålet med bestemmelsen. Mindretallet ønsket å hindre at ”lånetakeren tar opp lån som denne sannsynligvis ikke vil makte å betjene på vanlig måte”. Altså unngå de vanskeligheter et slikt lånopptak kan medføre. Dette innebærer at bestemmelsen har et preventivt formål ettersom den vil redusere tilfeller hvor lån gis uten at det foreligger tilstrekkelig økonomisk evne på debtors side.

Hensynet til debitor blir ivaretatt gjennom å pålegge kreditor en plikt til å fraråde. Finansavtaleloven § 47 bygger på den tanke at finansinstitusjonen, som den profesjonelle part, forholdsvis lett vil ”kunne konstatere om et låneopptak står i forsvarlig forhold til forbrukerens økonomi”, jfr. NOU (s. 54). Bankens særlige kunnskap på området innebærer at de vil kunne ivareta hensynet til debitor bedre enn debitor selv. Ettersom de har denne spesielle sakkunnskap og erfaring bør dette komme forbrukeren til gode. På denne måten skaper bestemmelsen likhet i et avtaleforhold som er ”ulikt”.

Man kan si at dette bygger på en slags risikovurdering. Finansinstitusjoners spesielle kunnskap og erfaring på området medfører at de i utgangspunktet er nærmest til å bære risikoen. De har kalkyler de kan bruke for å beregne om forbrukeren har evne til å betjene lånet. Ettersom de sitter inne med denne kunnskapen bør de som den profesjonelle part fraråde forbrukeren i de tilfeller der forbrukeren bør avstå fra å ta opp lånet. Forhold på debtors side kan imidlertid medføre at han selv blir nærmest til å bære risikoen. Dette vil være tilfellet dersom debitor gir feilaktig informasjon til banken.<sup>14</sup>

Når det gjelder de sanksjoner som gjør seg gjeldende ved brudd på frarådningsplikten er også debtors hensyn fremtredende. For det første vil en sanksjon i seg selv effektivisere

---

14

bestemmelsen. Långiveren har enda en grunn til å vurdere debtors økonomiske situasjon. For det andre vil lemping som sanksjon medføre at man kan berge skylderen ut av sine problemer.<sup>15</sup> Sanksjonen vil derfor også ivareta hensynet til debitor.

### 2.3.2 Hensynet til kreditor

Hensynet til kreditor blir også ivaretatt i § 47. Disse hensyn er presisert i NOU (s. 55). Bestemmelsen vil for det første gi finansinstitusjoner et ”ytterligere incentiv til å unngå kredittgivning til forbruker som ikke har realistisk oppfatning av egen økonomi”. Bestemmelsen vil på denne måten tvinge institusjonene til å være mer restriktive. Med andre ord tenke seg nøye om før den yter lån til en låntaker med manglende økonomisk evne. På denne måten minsker sjansen for at de ikke får pengene tilbake.

For det andre vil bestemmelsen medføre at det blir større rettferdighet mellom kreditorene. ”Gjeldsordningsloven og dekningsloven bygger på det prinsipp at kreditorer blant annet prioriteres etter den sikkerhet de har og kravets art, og at de innenfor de ulike grupper vurderes likt. Dette betyr f.eks. at en bank som gir et usikret lån i mai og som på dette tidspunkt må vurderes som fullt forsvarlig, blir likestilt med en annen finansinstitusjon som gir et lån i november samme år og som kunden ikke har økonomi til å bære, fordi den totale mengde kreditter blir for stor.”<sup>16</sup>

Banklovkommisjonens mindretall mener en regel om frarådningsplikt vil rette opp en slik urettferdighet mellom kreditorene. Som nevnt under pkt. 2.1 kan brudd på frarådningsplikten medføre en lemping av låntakerens forpliktelser. I situasjonen ovenfor vil § 47 kunne medføre at det foretas en avkortning av finansinstitusjonens lån, mens banken beholder sin fordring uavkortet. Dette er en mer rettferdig løsning. § 47 ivaretar derfor hensynet til en rettferdig fordeling mellom usikrede kreditorer.

---

<sup>15</sup> NOU (s. 56)

<sup>16</sup> NOU (s. 55)



## 2.4 Virkeområdet til § 47

Virkeområdet til kapittel 3 i finansavtaleloven er regulert i § 44. Etter denne bestemmelsen gjelder kapitlet for ”avtaler om lån hvor finansinstitusjoner eller lignende institusjoner som nevnt i §1 annet ledd er långiver”, jfr.1.ledd. Etter 2.ledd er det klart at bestemmelsene ”gjelder tilsvarende for lignende kreditt, men likevel ikke for kreditt som omfattes av kredittkjøpsloven”. Hvilken kreditt som omfattes av her følger av lov om kredittkjøp 21. juni 1985 nr. 82 (kredittkjøpsloven) §§ 1 og 3. Det sentrale her er at kreditten er knyttet til selgeren. Kreditten omfattes av loven dersom selgeren selv gir betalingsutsettelse eller kreditt. Det samme dersom kjøperen får kreditt av en annen gjennom en avtale med selgeren. Leieavtale med selgeren omfattes også av kredittkjøpslovens kredittbegrep dersom leietakeren med tiden blir eier.

Årsaken til dette skillet er presisert i Ot.prp. (s. 52). ”Kommisjonen mener kredittkjøpsloven som spesiallov er bedre tilpasset disse spesielle typer kredittavtaler enn de lovbestemmelsene som forslås i kapittel 3.” Ettersom kreditt som omfattes av kredittkjøpsloven ikke omfattes av frarådningsplikten, kan finansinstitusjoner inngå avtale om kontokreditt uten å ha plikt til å fraråde.

Dette ble satt på spissen i en uttalelse publisert i BKN-02024. Saken her gjaldt innvilgelse av kreditt knyttet til et betalingskort. Kredittrammen på 50.000 kr kunne disponeres ved uttak i minibank. Dette var i realiteten en avtale om kontokreditt som omfattes av kredittkjøpsloven. Nemnda valgt likevel å anvende frarådningsplikten i § 47. Det avgjørende for nemnda var at avtalen gav mulighet til kontantuttak. Slik avtalen ble praktisert var det i realiteten en låneavtale. Denne uttalelsen viser at det er reelle som er avgjørende ved vurderingen av om et forhold omfattes av finansavtaleloven.

Om det var meningen å unnta området for kredittkjøpsloven er uklart ettersom kommisjonen i Ot.prp. gikk i mot en frarådningsplikt. Bestemmelsen ble tatt med under Stortingsbehandlingen.<sup>17</sup>

Forbrukertvistutvalget har i et par avgjørelser<sup>18</sup> argumentert for at frarådningsplikten i finansavtaleloven må ”ha overføringsverdi også til kjøp ved dørsalg hvor selgeren formidler kreditt til finansiering av kjøpet”. Dette viser et behov for en frarådningsplikt ved avtale om kreditt som faller inn under kredittkjøpsloven. I Innst.S.nr.36 (2004-2005) (pkt. 1.4) er et privat lovforslag om en forsterket frarådningsplikt drøftet. Her presiserer justiskomiteen at kontokredittkjøp reguleres av kredittkjøpsloven. Denne kreditten benyttes ofte uten at kunden er klar over at den effektive renten er svært høy. Det er derfor et behov for bedre beskyttelse av forbrukerne på dette området. Justiskomiteen går derfor inn for en ”bedre samordning av reglene i finansavtaleloven og kredittkjøpsloven, slik at frarådningsplikten gjelder i alle relevante tilfeller”. En frarådningsplikt i kredittkjøpsloven er også ønsket av tidligere justisminister Odd Einar Dørum, jfr. artikkelen ”Inkassokostnader – mer enn statlige gebyrer” publisert i Aftenposten 12.02.2005. I denne artikkelen påpeker han at det er et behov for en utvidet frarådningsplikt for å hindre at folk med lave inntekter handler over evne på kreditt. Forslaget er til behandling i Justisdepartementet.

Avtale om leiefinansiering eller avtale om faktoring faller utenfor kapittel 3 sitt virkeområde, jfr. § 44.

---

<sup>17</sup> Pkt. 2.2.2

<sup>18</sup> FTU 2003/314 og FTU 2003/ 048

## 2.5 Vurderingsgrunnlag og vurderingstidspunkt

§ 47 pålegger långiver en frarådningsplikt overfor forbrukere ved lånopptak. Ettersom frarådningsplikten i hovedsak knytter seg til spørsmålet om lånsøkeren kan betjene lånet<sup>19</sup>, er det grunn til å presisere hvilke forhold som ligger til grunn for denne vurderingen.

### 2.5.1 Vurderingsgrunnlag

Utgangspunktet for vurderingen av frarådningspliktens omfang er forhold som långiver er kjent med ”før låneavtale inngås med en forbruker eller lånet utbetales til denne”, jfr. § 47. Långiver skal med grunnlag i denne informasjonen vurdere frarådningspliktens eventuelle inntreden.

Det første spørsmål som melder seg er derfor hvordan långiver skal skaffe informasjonen som skal legges til grunn. Frarådningsplikten skal i utgangspunktet ikke pålegge finansinstitusjonen å innhente opplysninger, jfr. NOU (s. 55). Mindretallet i Banklovkommisjonen presiserte i denne sammenheng at de antar at banken har ”rutiner som sikrer at en forsvarlig kredittprøving foretas”. Videre at dette må følge av ”alminnelige krav til god bankskikk”. Vurderingen skal derfor i utgangspunktet knyttes til den informasjonen som banken får. Praksis har imidlertid fastsatt en grense for hva som kan legges til grunn.

Dette gjelder for det første feilaktig informasjon som banken med enkle grep kan rette opp. I BKN-02104 la Bankklagenemnda la til grunn at banken burde etterprøvd om låntakeren hadde krav på overgangsstønad. Uttalelsen gjaldt et par som tok opp lån i forbindelse med boligkjøp. I bankens kredittvurdering ble det lagt til grunn at kvinnen hadde krav på overgangsstønad. Dette var feil siden hun åpenbart ikke var enslig forsørger og således ikke hadde krav på stønaden. Faren til barnet var mannen som hun kjøpte bolig med. Det burde derfor vært ganske innlysende for banken at hun ikke hadde krav på overgangsstønad.

---

<sup>19</sup> Pkt. 2.1

Banken visste at paret skulle ta opp lån for å finansiere boligen. Når låntakeren da sier at hun har krav på overgangsstønad burde banken ta seg bryet med å undersøke dette nærmere. Banken hadde fått all relevant informasjon og burde etter en totalvurdering se at informasjonen var feilaktig.

I en annen stilling står feilaktig informasjon som banken ikke har forutsetninger for å vurdere. Dette er informasjon som krever at banken må undersøke en rekke omstendigheter for å se at den er feilaktig. Dette var tilfelle i en uttalelse fra Bankklagenemnda publisert i BKN-03097. Bankklagenemnda uttaler her:

*Slik Bankklagenemnda vurderer saken, kan långivningen ikke sies å være uforsvarlig i forhold til oppgitt inntekt og utløser således ikke en frarådningsplikt for banken etter finansavtaleloven § 47. I ettertid kan det synes som om inntektsopplysningene har vært feilaktige. Imidlertid må det være lånsøkerens egen risiko hvis de selv gir feilaktige opplysninger til banken, som banken senere legger til grunn for vurderingen. De kan således ikke bygge noe krav mot banken på denne omstendighet.*

En annen grense for hva som kan legges til grunn, er urealistiske forventninger om fremtiden. Utgangspunktet her er at det er ”kjente og sannsynlige fremtidige regelendringer eller endringer i låntakerens situasjon” som skal tas hensyn til, jfr. NOU (s. 55). ”Varslende innstramminger i skattereglene og endringer i rammebetingelsene for den næringsutøvelse forbrukeren driver”<sup>20</sup> vil derfor være momenter av betydning ved vurderingen av vilkåret ”økonomisk evne”. Disse momenter vil være av betydning dersom de representerer en ”markert risiko” sett fra låntakerens side.

Banken kan imidlertid ikke ”legge til grunn åpenbart urealistiske forventninger om fremtidig inntekt uten å risikere å komme i ansvar”, jfr. BKN-00001. Dette var tilfelle i en uttalelse publisert i BKN-02024. Her hadde debitor kontakt med et firma som samarbeidet

---

<sup>20</sup> NOU (s. 55)

med programmerere i Ukraina. Dette samarbeidet kunne resultere i at han fikk en ekstrainntekt. Banken kunne her ikke uten videre legge denne ekstrainntekten til grunn. Dette var en åpenbart urealistisk forventning.

Et annet poeng i denne sammenheng er at banken ikke kan legge til grunn inntekter fra et år hvor de var ekstraordinære. Dette ble presisert i en uttalelse fra Bankklagenemnda publisert i BKN-04108. Denne uttalelsen gjaldt riktignok ikke kredittvurdering i forbindelse med frarådningsplikten, men vurderingen bør også være relevant under § 47. Nemnda la til grunn at den ekstraordinære inntekten ”ikke skulle vært lagt til grunn ved kredittvurderingen”. Dette er rimelig. Når finansinstitusjonen er pålagt en frarådningsplikt kan ikke denne undergraves ved at banken kan komme fri fra sitt ansvar ved å legge vekt på låntakers ”urealistiske forestillinger”. Det er jo nettopp disse forestillinger de skal beskytte.

Når det gjelder vurderingsgrunnlaget er det viktig å skille informasjon som er forelagt långiver og informasjon som ikke er forelagt långiver. Ovenfor var problemstillingen hvilken informasjon långiver kan legge til grunn. Spørsmålet i det følgende er hvilken betydning tilbakeholdt informasjon skal ha. Problemet er altså at klageren er i en vanskelig økonomisk situasjon, men tilslører det for banken ved å unnlate å gi all informasjon. Kreditor som legger det forelagte til grunn, kan komme til at et låneopptak er forsvarlig mens de reelle forhold kan tilsi det motsatte.

Dette var ett av forholdene som ble vurdert i en uttalelse fra Bankklagenemnda publisert i BKN-00001. Klager hadde her kausjonert for lån til sin sønn. Ett av spørsmålene i saken var om banken burde ha frarådet hoveddebitor å ta opp lånet. Med grunnlag i den informasjon som var gitt banken ville et låneopptak medføre en stram, men overkommelig økonomi. Lånet ble likevel misligholdt etter svært kort tid. Dette var grunnet flere forhold som hoveddebitor hadde skjult for banken. Selv om de reelle forhold tilsa at banken burde ha frarådet hoveddebitor, var det ikke avgjørende for utfallet i saken. Det avgjørende var hvordan situasjonen fortonet seg for banken. Banken hadde derfor ikke ”opptrådt i strid

med de alminnelige regler om lojalitet i kontraktsforhold overfor klager”<sup>21</sup>. Dette syn støttes også av en uttalelse fra Bankklagenemnda publisert i BKN-05059.

Noen av avgjørelsene ovenfor er fattet før finansavtalelovens ikrafttredelse. Enkelte gjelder også kausjon. Det er likevel grunn til å tro at Høyesterett vil vurdere forholdene likt som ovenfor, dersom det skulle oppstå problemer med henhold til vurderingsgrunnlaget under § 47. Når det gjelder feilaktig informasjon er det presisert i NOU (s. 56) at lemping i slike situasjoner er utelukket, jfr. pkt. 4. Når det gjelder de øvrige omstendigheter, er det grunn til å tro at prinsippene etter den eldre rett fortsatt er gjeldene. Som nevnt ovenfor er jo lovfestingen av frarådningsplikten overfor låntakere og kausjonist en skjerpelse av rettstilstanden.

Vurderingsgrunnlaget til långiver bør derfor knyttes til den informasjon han har og får av låntaker. På bakgrunn av denne informasjonen, skal långiver vurdere hvorvidt vilkårene for frarådningsplikten inntreden er oppfylt, jfr. pkt. 2.6.

### 2.5.2 Vurderingstidspunkt

Tidspunktet for når frarådningsplikten skal inntre er regulert i § 47. Etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden medfører dette at plikten inntre ved inngåelse av låneavtaler eller senest før lånet utbetales. Bestemmelsen er helt i tråd med mindretallet i banklovkommisjonen sitt forslag i NOU. Som nevnt på s. 55 her blir virkningen av en slik bestemmelse at frarådningsplikten kan ”inntre etter at det er inngått bindende avtale om lån”.

---

<sup>21</sup> Opptak av lån før lovens ikrafttredelse, 1.juli 2000

### 2.5.3 Betydningen av et eventuelt gjeldsregister

Betydningen av et gjeldsregister er drøftet av tidligere Moderniseringsminister Morten Andreas Meyer i tilsvaret til spørsmålet fra Stortingsrepresentant Audun Bjørlo Lysbakken, jfr. Dok. nr.15 (2004 – 2005), Spørsmål nr. 306, datert 09.12.2004. Spørsmålet dreide seg om virkningene ved etablering av et gjeldsregister. Begrunnelsen for spørsmålet var bankenes begrensede mulighet til å få oversikt over lån som kunden ikke oppgir. Det er nødvendig med en fullstendig oversikt her for å kunne oppfylle pliktene etter blant annet frarådningsplikten.

Statsråd Meyer presiserte først at han forstår gjeldsregister som et register som skal ”innholde informasjon om hva en lånekunde har av løpende lån”. Et slikt register vil kunne ha positiv effekt fordi det vil ”gi utlånere en bedre oversikt over potensielle låntakers evne til å tilbakebetale et eventuelt lån”. Låntakere er i dag pliktige til å gi slik informasjon til långiver. Et slikt register vil derfor ha størst betydning hvis låntaker holder tilbake informasjon eller gir feilaktig informasjon. Långiver kan i dag sikre seg mot dette ved å kreve sikkerhet for lånet. Det er derfor i situasjoner hvor långiver gir kortsiktig lån til høy rente uten sikkerhet at et gjeldsregister ville ha hatt størst betydning.

Statsråd Meyer pekte også på at det er en rekke omstendigheter som fører til at et gjeldsregister vil kunne virke uheldig. For å få det så fullstendig og riktig som mulig vil det være svært kostnadskrevende å drive. Det kan også være vanskelig å få det fullstendig ettersom noe informasjon vil endres over tid og noe informasjon må holdes utenfor grunnet personvern. Registeret vil derfor ikke gi et komplett bilde av lånesøkers økonomi. Det kan derfor virke mot sin hensikt. Vi har flere registre som er ufullstendige. Poenget med å opprette et nytt burde jo være at det gir et ”riktig bilde” av lånesøkers økonomi. For å beskytte informasjonen må det også opprettes et bra sikkerhetssystem. Samlet sett synes Statsråd Meyer å mene at et slikt register vil kreve for mye ressurser. Selv om et slikt register har et godt formål kan det være vanskelig å gjennomføre.

## 2.6 Vilkår for frarådningsplikt

Finansinstitusjoners frarådningsplikt etter § 47 inntreer når man ”må anta at økonomisk evne eller andre forhold på låntakers side tilsier at denne alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp lånet”. ”Økonomisk evne” og ”andre forhold” er derfor alternative vilkår for frarådningspliktens inntreden.

### 2.6.1 Økonomisk evne

Vurderingen av ”økonomisk evne” i § 47 vil etter en naturlig språklig forståelse måtte bero på en vurdering av lånsøkerens aktiva og passiva. Resultatet av en slik vurdering må deretter vurderes opp mot det aktuelle lånopptak. Dersom lånopptaket medfører at låntaker kommer i en vanskelig økonomisk situasjon, vil den økonomiske evne tilsi ”at denne alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp lånet”.

Den nærmere forståelse av ”økonomisk evne” vil etter mindretallet i Banklovkommisjonen sine uttalelser bero på en vurdering av flere forhold.<sup>22</sup> Vurderingsgrunnlaget er låneavtalen med de vilkår som avtales. Dette innebærer at lånets størrelse, renteforpliktelser og avdragsprofil vil inngå i vurderingen. Når det gjelder renten må det tas i betraktning at rentenivået kan endres. Banken må derfor ta dette i betraktning ved vurderingen av låntakers tilbakebetalingsevne. Mindretallet i Banklovkommisjonen mener derfor at frarådningsplikten bør inntre både i de tilfeller lånet er uvanlig stort i forhold til låntakerens økonomi og når nedbetalingsplanen er urealistisk. De påpeker her at mislighold av avdrag kan være oppsigelsesgrunn og medføre ytterligere betalingsproblemer for låntaker, for eksempel dersom låntaker må realisere sikkerheter. Plikten til å frarå inntreer derfor uavhengig av om betryggende sikkerhet er stilt.<sup>23</sup> Spørsmålet er om låntaker har økonomisk evne til å betjene lånet med sine løpende inntekter.

---

<sup>22</sup> NOU (s. 55)

<sup>23</sup> NOU (s. 55)



Utgangspunktet må være at långivers frarådningsplikt inntre fra det tidspunkt låntaker ikke har midler til å betjene lånet. Dette var tilfellet i en uttalelse fra Bankklagenemnda publisert i BKN-03140. Låntaker var i dette tilfellet en minstepensjonist som lånte opp boligen sin for å bedre sin likviditet. Spørsmålet var om banken burde ha frarådet deler av låneopptaket. Lånet ble utvidet i 1999. Det skulle da brukes til å betjene fremtidige terminbeløp. Bankklagenemnda kom til at banken hadde en frarådningsplikt på dette tidspunkt, ettersom frarådningsplikten må inntre fra det tidspunkt låntaker ikke har midler til å betjene lånet.

Det at frarådningsplikten knytter seg til om vedkommende i fremtiden har ”økonomisk evne” til å betjene lånet ble presisert i dom av Eidsivating lagmannsrett publisert i LE-2003-5641:

*Lagmannsretten kan heller ikke se at betalingsanmerkninger på en eller begge har noen relevans for saken. Slike opplysninger sier noe om hvordan vedkommende tidligere har skjøttet sine betalingsforpliktelser. Frarådningsplikten knytter seg derimot til om vedkommende i fremtiden har økonomisk evne til å betjene lånet.*

Vurderingen av lånesøkers økonomi i fremtiden må være grunnet i faste holdepunkter. Dette ble satt på spissen i en uttalelse fra Bankklagenemnda publisert i BKN-02024. Denne saken gjaldt en person A som var 100% ufør etter en hodeskade. Han søkte om lån på 50.000 kr i banken. De var kjent med at A hadde et husbanklån på 420.000 kr. Banken avslo lånet først, men innvilget det likevel da de fikk vite at A hadde kontakt med et firma som samarbeidet med programmerere i Ukraina. Banken ble opplyst om at A kunne skaffe seg en ikke ubetydelig ekstrainntekt gjennom et tilsvarende samarbeid. Spørsmål om banken burde ha frarådet låneopptaket. Nemnda legger her avgjørende vekt på at forventningen om en ekstrainntekt ”synes å være temmelig løst fundert”. Nemnda burde ha frarådet A.

Et annet poeng i denne avgjørelsen er at dersom en låntaker er i en ”prekær situasjon”, vil det kunne være grunnlag for å yte lån. Dette er i utgangspunktet et argument mot å yte lån, men dersom låntaker er i en særskilt dårlig situasjon vil et relativt lavt lån til ”et nødvendig formål” kunne forsvares. I dette tilfellet var dette ikke noe argument for banken ettersom lånet var gitt til regulært forbruk.

Det er altså et poeng at de fremtidige inntekter er realistiske og ikke innebærer for stor risiko. At inntekten er realistisk gjelder for hele nedbetalingstiden. Nedbetalingsplanen må være realistisk.<sup>24</sup> Dette var et poeng i BKN-03108. Her fikk en 49 år gammel mann lån på 1,3 millioner kr. Han hadde en årsinntekt på 130.000 kr. Det kunne derfor bli vanskelig å betjene lånet. Selv om man må regne med at inntekten vil stige, var det et poeng at han var 50 år. Lånet hadde en løpetid på 25 år. Dette innebar at han ville ha en betydelig gjeldsbelastning selv etter oppnådd pensjonsalder. På grunnlag av dette kom nemnda til at banken hadde brutt sin frarådningsplikt.

### 2.6.2 Andre forhold

Etter finansavtaleloven § 47 kan også ”andre forhold” tilsi at låntakeren alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp lånet. En naturlig språklig forståelse av dette tilsier at det må være noe annet enn ”økonomisk evne”. Den nærmere forståelse av vilkåret er uklart.

Hva som menes med ”andre forhold” er presisert av mindretallet i Banklovkommisjonen i NOU (s. 55). Et eksempel nevnt her er at finansinstitusjonen ”i forbindelse med finansiering av en leilighet oppdager at kunden er i ferd med å betale betydelig over markedspris for leiligheten”. De henviser i denne sammenheng til en avgjørelse av fransk høyesterett 24.februar 1993 ”hvor gjelden til et ektepar ble lempet blant annet fordi långiveren ble antatt å ha hatt kjennskap til misforholdet mellom pantelånet og panteobjektets verdi”. Denne forståelsen av ”andre forhold” innebærer en vidtgående

---

<sup>24</sup>NOU (s. 55)

forpliktelse for långiver. Det er også dette vilkåret som medførte en radikal endring av frarådningsplikten sammenlignet med den eldre rett, jfr. pkt. 2.2.3.

Ettersom frarådningsplikten grunnet i ”andre forhold” representerer en endring sammenlignet med eldre rett<sup>25</sup>, finnes det lite praksis rundt dette. Et tilfellet som kan være et ”annet forhold” etter § 47, er situasjonen i uttalelsen publisert i BKN-04016. Tvisten gjaldt spørsmålet om klagers opptak av to lån på henholdsvis 240.000 kr og 205.000 kr kan sies å være sinnssykt motivert. På bakgrunn av legeerklæringer fant nemnda det klart at klager var sinnssyk da låneopptakene ble foretatt. For å eventuelt kjenne avtalene ugyldige er det ikke nok at klager var sinnssyk. Låneopptaket må være motivert av sinnssykdommen. Nemnda fant at det var irrasjonelt å ta opp lånene. Det hadde ikke vært særlig virksomhet i klagers firma i tiden før låneopptakene. Med en nettoinntekt på 194.500 kr og nettoformue på 43.000 kr fremstår det ”som irrasjonelt å påta seg så store gjeldsforpliktelser som han gjorde”. Det viser en realitetsbrist og disposisjonene må anses for å være sinnssykt motivert. Avtalene måtte kjennes ugyldige.

Denne uttalelsen viser et tilfelle av brudd på ugyldighetsreglene. Ettersom § 47 er en videreføring av det som følger ugyldighetsreglene,<sup>26</sup> vil banken i dette tilfellet også kunne ha en frarådningsplikt. Frarådningsplikten må her grunnes på de samme omstendigheter som gjør avtalen ugyldig etter avtaleloven. Ettersom omstendighetene her knytter seg til at et sinnssykt motivert lån kan være ugyldig, vil det også kunne være et ”annet forhold” etter § 47. Problemet er ikke at låntaker ikke har økonomisk evne, men at det er sinnssykt motivert. Det er grunn til å påpeke at næringslån ikke omfattes av § 47. Mer om dette ovenfor i pkt. 1.3.2.

---

<sup>25</sup> Pkt. 2.2

<sup>26</sup> NOU (s. 54)

### 2.6.3 Unntak med grunnlag i debtors kunnskap?

§ 47 hjemler ingen unntak fra långivers frarådningsplikt overfor låntaker. Spørsmålet i dette avsnittet er om debtors egen kunnskap kan gi rom for et unntak fra frarådningsplikten, altså om § 47 hviler på en forutsetning om at debitor ikke har den nødvendige kunnskap. Forarbeidene støtter ikke et slikt syn. Spørsmålet er derfor om det finnes støtte for dette i praksis.

I Rt.2003 s.1252 fremstod grunnlaget for frarådningsplikten som like klart for begge parter. Låneopptaket ville medføre en stram økonomi for debitor. Banken hadde ikke noe mer innsikt i situasjonen utover den innsikt som debitor hadde. Høyesterett kom derfor til at debitor selv var nærmest til å bære ansvaret for dette. Banken hadde derfor ingen plikt til å fraråde.

Denne dommen ble avgjort med grunnlag i den eldre rettstilstand. Spørsmålet blir derfor hva som er situasjonen i dag. Kan debtors kunnskap om forholdene i vurderingsgrunnlaget medfører at debitor likevel blir nærmest til å "bære risikoen", med andre ord om långivers frarådningsplikt er knyttet til den omstendighet at de har en innsikt utover den debitor har. Etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden er frarådningsplikten kun knyttet til spørsmålet om långiveren "må anta at økonomisk evne eller andre forhold" tilsier "at denne alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp lånet". Plikten er altså kun knyttet til den informasjon som kreditor har og ikke den debitor har. Den gir ikke rom for spekulering rundt debtors eventuelle kunnskap. Debtors kunnskap er derfor ikke av betydning dersom lovens vilkår er oppfylt. Loven gir derfor ikke rom for unntak her. Dette er en fordel for det gir en veldig klar regel som er enkel å følge.

## 2.7 Kravet til underretning

§ 47 innebærer at lånegiveren må underrette låntakeren ”skriftlig” om den omstendighet at han alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp lånet. ”Skriftlig” vil etter en naturlig språklig forståelse omfatte alt som er nedskrevet. Foruten dette omfattes også elektronisk kommunikasjon av begrepet ”skriftlig”. Det er hjemlet i finansavtaleloven § 8(1).

Den nærmere forståelse av kravet til underretning er kommentert i NOU (s. 56).

Mindretallet påpeker for det første at brudd på frarådningsplikten vil være tilfelle dersom institusjonen ikke har advart. Det vil for det andre være tilfelle ”dersom institusjonen har frarådet, men på en altfor vag måte i forhold til hva forholdene burde ha tilsagt”.

Forarbeidene legger derfor opp til at forholdene rundt kan ha betydning for kravet til underretning. Disse forhold kan være alkoholmisbruk, alder eller dersom man har særlig kunnskap på området. Står man overfor en som er veldig gammel må kanskje kravet til underretning skjerpes, motsatt dersom man står overfor en som har særlig kjennskap til lån. Dersom låntaker er over en viss alder, kan det kanskje også være nødvendig å varsle pårørende.

Uttalelsene i forarbeidene sett i sammenheng med skriftlighetskravet innebærer at kreditor må advare debitor skriftlig på en veldig klar og presis måte. Det skal ikke være tvil om at kreditor mener debitor bør overveie å avstå fra å ta opp lånet. Frarådningsplikten innebærer ikke noe forbud mot at långiveren yter lånet, jfr NOU (s. 54). Långiveren har derfor oppfylt kravet så lenge låntaker er tilstrekkelig advart. Det at låntaker likevel velger å ta opp lånet innebærer ikke at långiver ikke har oppfylt kravet til underretning.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Se pkt. 4

### **3 Frarådningsplikten overfor kausjonist ved lånopptak**

#### **3.1 Oversikt over finansavtaleloven § 60**

§ 60 regulerer noen av långivers plikter overfor kausjonist. Etter første ledd har långiveren plikt til å underrette kausjonisten skriftlig dersom han har eller burde ha frarådet en forbruker å ta opp lån etter § 47.<sup>28</sup> Første ledd omhandler derfor ikke långivers frarådningsplikt, men långivers underrettelsesplikt. Lovteksten sier kun at långiveren skal ”underrette kausjonisten om dette skriftlig”, altså dersom hoveddebitor er eller burde ha vært frarådet. Plikten til å opplyse om disse forhold medfører en viss grad av frarådning, men pliktens inntreden er kun en følge av § 47. Brudd på underrettelsesplikten medfører at kausjonistens ansvar nedsettes ”for så vidt lemping finnes rimelig”.<sup>29</sup> Det er etter første ledd ikke noe krav til at kausjonisten er en forbruker.

Etter andre ledd har långiveren plikt til å fraråde kausjonisten skriftlig dersom ”økonomisk evne eller andre forhold på kausjonistens side tilsier at denne alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon”. Disse omstendigheter må foreligge før kausjonsavtalen inngås. I motsetning til første ledd gjelder plikten bare overfor forbrukere som ønsker å kausjonere. Når det gjelder selve kausjonen, er det ikke noe krav om at den skal være stilt til fordel for en forbruker som etter første ledd. Brudd sanksjoneres tilsvarende som etter første ledd.

---

<sup>28</sup> Se pkt. 2

<sup>29</sup> Se pkt. 4

## 3.2 Utviklingen mot § 60 – en endring i rettstilstanden

### 3.2.1 Den eldre rettstilstand

Kausjonsretten har tidligere vært et rettsområde med mange spredte lovbestemmelser. Mye av de grunnleggende prinsipper ble fastsatt gjennom rettspraksis. Når det gjelder kausjonistens stilling hadde rettspraksis et strengt syn. Kausjonisten var i utgangspunktet nærmest til å vurdere sin økonomiske stilling og det gikk utover han om han tok feil, jfr. Rt.1959 s. 248. Synet her har endret seg med tiden. Dette skyldes særlig bestemmelsene i avtaleloven §§ 33 og 36 og den økende vektlegging av lojalitet i kontraktsforhold. Lojalitetsplikten i kausjonsretten ble presisert i Rt.1988 s.1078. Som tidligere nevnt under pkt. 2.2 fastslo Høyesterett her et prinsipp om at partene i kausjonsavtalen må opptre lojalt overfor hverandre ”så lenge forpliktelsen består”.

Problemstillingen videre knytter seg til hvilken betydning den økende grad av lojalitet hadde etter den eldre rettstilstand. Førte den økende grad av lojalitet til at långiver var pålagt en opplysningsplikt overfor kausjonist. Et annet spørsmål er om den økende grad av lojalitet påla långiver en frarådningsplikt overfor kausjonist.

Når det gjelder spørsmålet om opplysningsplikt fastslo Høyesterett i Rt.1984 s.28 at kreditor kunne ha en opplysningsplikt ved stiftelse av kausjon. Dommen gjaldt gyldigheten av en kausjonserklæring for en kassekreditt som var overtrukket ved stiftelsen. Problemstillingen knyttet seg til om det forelå brudd på opplysningsplikten. Selv om kausjonisten i utgangspunktet hadde en undersøkelsesplikt, mente Høyesterett at opplysningsplikten gikk lenger her. Banken var allerede påført et tap. Høyesterett mente kausjonisten ikke ville stilt sikkerhet om han hadde hatt kjennskap til at kassekreditten var overtrukket. Banken burde derfor som den profesjonelle part, ha opplyst kausjonisten om disse omstendighetene ved stiftelsen av kausjonen. Høyesterett kom derfor til at kausjonserklæringen var ugyldig etter avtaleloven § 33 og de ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold. Dommen her gjaldt opplysninger om faktiske omstendigheter. Opplysningsplikten var ikke knyttet til ”vurderinger som også låntakerne selv hadde

oppfordring til og forutsetninger for å foreta”, jfr.Rt.1994 s.1288. Dette var en av grunnene til at Høyesterett i denne dommen ikke påla långiver en opplysningsplikt.

I Rt.1995 s.245 drøftet Høyesterett grensen for opplysningspliktens inntreden. Retten presiserte først at det ikke forelå ”noen helt generell informasjonsplikt overfor kausjonister og realkausjonister i etableringsfasen av forholdet”. Med andre ord at det ikke forelå en generell plikt til å orientere kausjonisten om den alminnelige risiko ved stiftelsen av kausjonen. Høyesterett presiserte i samme avsnitt at ”særlige omstendigheter” kan ”tilsi en aktiv opptreden fra finansinstitusjonenes side”. I dette tilfellet fremstod imidlertid kredittytelsen som ”ordinær”. Kausjonisten fikk derfor ikke medhold i sin påstand. Dette utgangspunktet ble fulgt opp i Rt.1995 s.1540. Her fremstod lånet som ekstraordinært. Långiver burde derfor ha undersøkt forholdet nærmere og om nødvendig underrettet kausjonisten. Høyesterett valgt å sette avtalen tilside etter avtaleloven § 36.

På dette grunnlag kan man trekke den konklusjon at det etter den eldre rett eksisterte en opplysningsplikt om rekkevidden av kausjonsansvaret. Vilkåret var at det måtte foreligge ”særlige omstendigheter”. Dette kunne være tilfelle dersom risikoen ved engasjementet sammenholdt med kausjonistens situasjon, innebar at kredittytelsen fremstod som ekstraordinær. Virkningene ved brudd på opplysningsplikten var at avtalen kunne settes tilside med hjemmel i avtalelovens ugyldighetsregler.

Spørsmålet videre blir om det forelå en frarådningsplikt overfor kausjonister etter den eldre rettstilstand. Dette spørsmålet var ikke lovregulert. Høyesteretts hadde heller ikke direkte avklart spørsmålet. Det følger av Ot.prp. (s.70) at det tidligere ikke forelå en ”generell plikt til å råde kausjonisten fra å avgi kausjonsløftet der det kan reises spørsmål om det er tilrådelig for ham eller henne å kausjonere”. Departementet mener også det er usikkert om det i spesielle tilfeller kan sies å følge en slik plikt av avtaleloven § 36. Problemstillingen videre blir derfor om det foreligger grunnlag for å hevde at det eksisterte en plikt til å fraråde i spesielle tilfeller.



Rt.1959 s.1048 drøftet Høyesterett spørsmålet om en avtale var ugyldig på grunn av selgers kunnskap om kjøpers vanskelige økonomiske situasjon. Ettersom avtalen fortonet seg som et "håpløst foretagende" for kjøper kom Høyesterett til at den var ugyldig. Selgeren burde som den profesjonelle part ha gått forsvarlig frem. Denne dommen er i ettertid blitt tolket dit hen at den pålegger långiver en frarådningsplikt overfor hoveddebitor, dersom det dreier seg om et "håpløst foretagende", jfr.Rt.2003 s.1252.<sup>30</sup> Dette er typisk inngåelse av avtaler som pålegger forpliktelser utover den økonomiske bæreevne. Spørsmålet blir derfor om denne dommen kan tolkes på samme måte overfor kausjonist, dersom det er klart at hoveddebitor eller kausjonisten selv ikke vil kunne oppfylle.

Dommen brukes som grunnlag for frarådningsplikt i forbindelse med låneavtaler selv om dommen direkte gjelder eiendomskjøp. Årsaken til dette er ikke direkte presisert, men det kan ha sammenheng med behovet for beskyttelse av den svake part. Dette behovet er også tilstede ved kausjonsavtaler. I slike avtaleforhold er kausjonisten ofte den svake parten. Dette er grunnet i den omstendighet at långiver er sterk og profesjonell. I tillegg til dette er kausjonisten ofte utsatt for press fra hoveddebitor. Det er nettopp i hoveddebitors interesse at kausjonisten kausjonerer. Kausjonistens svake stilling i avtaleforholdet tilsier derfor at han har behov for den ekstra beskyttelse som frarådningsplikten gir. Spørsmålet videre blir derfor om det finnes grunnlag for å hevde at Rt.1959 s.1048 også pålegger långiver en frarådningsplikt overfor kausjonist.

Spørsmålet om omfanget av frarådningsplikten er drøftet i Bankklagenemnda. I BKN-95039 var det spørsmål om forholdene på hoveddebitors side gav grunnlag for å pålegge långiver en frarådningsplikt. Nemnda presiserte først at kausjonisten i utgangspunktet har "ansvaret for å undersøke debitors økonomiske situasjon". Videre presiserte nemnda at det følger av Rt.1959 s.1048 "at en part kan ha en frarådningsplikt overfor den annen part dersom han måtte forstå at den annen part ikke vil kunne oppfylle sine forpliktelser". Nemnda mente at dette burde gjelde i enda større grad ved kausjon ettersom kausjonisten

---

<sup>30</sup> Pkt. 2.2

har mindre innsikt i hoveddebitors økonomi enn hoveddebitor selv. Nemnda henviste i denne sammenheng til Rt.1984 s.28, hvor det ble lagt vekt på at ”banken måtte forstå at kausjonisten ikke ville kausjonert dersom han hadde hatt de opplysninger banken hadde”. Oppfatningene her er i overensstemmelse med uttalelser publisert i BKN-92001, BKN-93109 og BKN-94028. Disse synspunktene ble også fulgt opp i uttalelsene publisert i BKN-95040 og BKN-04112.

Når det gjelder långivers frarådningsplikt knyttet til forhold på kausjonistens side, ble det drøftet i BKN-97055. Denne uttalelsen gjaldt spørsmålet om fritak for kausjonsansvar. Klager hevdet her at banken burde ha undersøkt hennes betalingsevne. Hun hadde en beskjeden økonomi og skulle derfor blitt frarådet. Nemnda presiserte her at omfanget av kausjonen ikke nødvendigvis medførte at signeringen av kausjonserklæringen var ”ekstraordinær”. Det var derfor ikke grunnlag for å kreve en mer ”aktiv opptreden” fra finansinstitusjonenes side”, jfr.Rt.1995 s.245.

Dette spørsmålet ble også drøftet i en uttalelse publisert i BKN-99053. Saken her gjaldt gyldigheten av en mors kausjonserklæring til fordel for sin sønn og hans samboer. Nemnda presiserte her at banken etter gjeldene rett normalt ikke er

*pålagt noen plikt til å fraråde en kausjonist å stille sikkerhet på grunn av kausjonistens egen økonomiske situasjon, men frarådningsplikt kan inntre der banken burde innsett at kausjonsansvaret var over evne. En alminnelig plikt vil en finansinstitusjon først ha etter ikrafttreddelsen av finansavtaleloven, jf lovens § 60 annet ledd.*

Selv om det kunne reises innvendinger mot innvilgelse av lånet, hadde ikke banken noen frarådningsplikt i dette tilfellet. Frarådningsplikten er her drøftet som en forlengelse av spørsmålet om det foreligger en opplysningsplikt. Dette er naturlig ettersom det også eksisterte en opplysningsplikt overfor kausjonist grunnet forhold på hans side.<sup>31</sup> Et annet

---

<sup>31</sup> Jfr. det generelle kravet ”særlige omstendigheter”

poeng her er at frarådningsplikten går ett skritt lenger enn opplysningsplikten. Frarådningsplikten er ikke bare en plikt til å opplyse om situasjonen, men også en oppfordring til å avstå fra disposisjonen.

Som en konklusjon er det grunnlag for å hevde at det tidligere ikke eksisterte en generell allmenn frarådningsplikt knyttet til den generelle risiko som kausjon innebærer. Uttalelsene fra Bankklagenemnda sett i sammenheng med Rt.1959 s.1048 peker imidlertid i retning av at det eksisterte en frarådningsplikt som inntrådte dersom kausjonen fremstod som et ”håpløst foretagende”. Et ”håpløst foretagende” kan knytte seg til omstendigheter på både hoveddebitors og kausjonistens side. Dette innebærer at frarådningsplikten overfor kausjonist inntreffer på samme grunnlag som frarådningsplikten overfor hoveddebitor. Dette er som nevnt ovenfor en rimelig løsning. Dette standpunktet er også i overensstemmelse med Viggo Hagstrøms oppfatning, jfr. ”Kausjonsretten og avtaleloven §36” (s.85) og ”Kausjonsretten i forandring” (s.59 flg).

Når det gjelder virkningene ved brudd på frarådningsplikten var det tidligere et spørsmål om avtalen var ugyldig etter avtaleloven §§ 30, 33 og 36 eller om den delvis skulle settes tilside, jfr. § 36 og BKN-02104.

Selv om det fremgår av Ot.prp.(s. 70) at det tidligere var usikkert om det eksisterte en frarådningsplikt overfor kausjonist, mener jeg det er grunnlag for å hevde det motsatte. Frarådningsplikten overfor kausjonist er hjemlet i ugyldighetsreglene, lojalitetsplikten, rettspraksis og uttalelser fra Bankklagenemnda. Dette vil samlet veie mer enn uttalelser i forarbeidene som ikke direkte er knyttet til lovutkastet.

### 3.2.2 Veien mot en lovfestet underrettelsesplikt og frarådningsplikt

I NOU(s. 34) ønsket Banklovkommisjonen en omfattende kontraktsrettslig regulering av kausjonsavtaler. Dette har sin bakgrunn i ”at privatkausjoner stillet overfor finansinstitusjoner blir for strengt behandlet hos oss”. Departementet var enig med banklovkommisjonen i at det trengtes en ”avklaring og utvikling av rettstilstanden for

kausjonsavtaler”. Tvilsomme spørsmål måtte få en avklaring. Som nevnt ovenfor har flere spørsmål vært oppe for retten. Disse dommene er i dag ikke uten videre et uttrykk for gjeldende rett. Dette fordi synet på lojalitet og forbrukervern har endret seg jfr. Ot.prp. (s. 64). Samlet sett ytrer forarbeidene et ønske om å klargjøre rettstilstanden på kausjonsrettens område og å styrke privatkausjoners rettstilling. Dette er viktig fordi kausjon fortsatt er et viktig instrument i kredittlivet.

På denne bakgrunn ønsket mindretallet i Banklovkommisjonen å lovfeste en plikt til å underrette og å frarå kausjonister. Mindretallet mente at det burde vært ”en regel som direkte regulerte långivers plikt til å opplyse kausjonisten når låntakers økonomi er svak”, jfr. NOU(s. 56) På bakgrunn av dette fremmet de forslag om § 60(1). To medlemmer av Banklovkommisjonen mente at man også burde hatt ”en særlig plikt til å fraråde kausjonisten til påta seg kausjonsforpliktelse når det tilsies ut fra långivers profesjonelle kjennskap til kausjonistens økonomi”. Disse medlemmene foreslo derfor § 60(2).

Det fremgår av NOU(s. 56) at flertallet i Banklovkommisjonen var imot mindretallets forslag. De mente at hvor økonomisk evne manglet hos låntaker, ville kausjonistens interesser bli ivaretatt av opplysningsplikten i § 59(1)h). Denne opplysningsplikten omfatter ”andre forhold som kausjonisten i samsvar med redelighet og god tro har krav på å bli opplyst om”. Når det gjelder frarådningsplikt grunnet i forhold på kausjonistens side, var flertallet også i mot dette. De mente § 59(1)a) som gjaldt opplysningsplikt om den alminnelig risiko som knytter seg til kausjon, ville være tilstrekkelig.<sup>32</sup> Flertallets nei har kanskje sammenheng med at de ikke ønsket en frarådningsplikt overfor hoveddebitor.<sup>33</sup>

Departementet ønsket en frarådningsplikt, men med mer presise kriterier enn mindretallet i Banklovkommisjonen. Det er interessant i denne sammenheng å påpeke at departementet ikke ønsket en frarådningsplikt overfor hoveddebitor, jfr. Ot.prp.(s.58). Justiskomiteens

---

<sup>32</sup> Pkt. 3.4

<sup>33</sup> Pkt. 1.4

flertall stemte for forslaget til mindretallet i Banklovkommissjonen, jfr Innst.(pkt. 10.4). Dette var grunnet i finansinstitusjoners spesielle stilling i forhold til kausjonisten. Som nevnt ovenfor var dette hensynet en viktig årsak til lovreguleringen av kausjonsretten. Långiver ble derfor pålagt en underrettelsesplikt og en frarådningsplikt, jfr. § 60.

### 3.2.3 § 60 og forholdet til den eldre rettstilstand

Fremstillingen her knytter seg til hvordan § 60(1) og (2) forholder seg til den eldre rett.<sup>34</sup> Opplysningsplikten etter den eldre rett knyttet seg til vilkåret om at ”særlige omstendigheter” måtte foreligge. En særlig omstendighet for kausjonisten omfattet tilfeller hvor kredittytelsen ikke fremstod som ordinær, jfr. pkt. 2.2.1. Spørsmålet blir derfor om § 60(1) medfører en endring i omfanget av opplysningsplikten.

Etter finansavtaleloven § 60(1) inntreier underrettelsesplikten overfor kausjonist dersom långiver har eller burde ha frarådet hoveddebitor etter § 47. Hoveddebitor skal frarådes dersom ”økonomisk evne eller andre forhold på låntakerens side” tilsier at denne ”alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp lånet”. Vilkaåret og derfor grensen for pliktens inntreden har derfor endret seg. Vilkaåret ”særlige omstendigheter” fremstår som et snevert unntak knyttet til særlig økonomiske forhold. Underrettelsesplikten etter § 60(1), som hviler på vilkårene om ”økonomisk evne eller andre forhold” i § 47, fremstår derfor som en utvidelse av opplysningsplikten overfor kausjonist. Her er også ”andre forhold” av betydning. At det må foreligge særlige og ekstraordinære omstendigheter innebærer også en høyere terskel for inntreden enn at noen ”alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp lånet”.

Når det gjelder virkningene ved brudd på opplysningsplikten kunne avtalen settes helt eller delvis til side etter den eldre rett.<sup>35</sup> Brudd på underrettelsesplikten i § 60(1) gir rett til å lempe avtalen. Rettstilstanden hjemler derfor fortsatt en rett til å modifisere avtalen ut i fra rimelighetshensyn.

---

<sup>34</sup> Pkt. 3.2.1

<sup>35</sup> Pkt. 3.2.1

Frarådningsplikten overfor kausjonist var etter den eldre rett hjemlet i §§ 30, 33 og 36 samt lojalitetsplikten i kausjonsforhold. Grensen for frarådningsplikten inntreden var at det måtte dreie seg om et ”håpløst foretagende”, jfr .pkt. 3.2.1. Et ”håpløst foretagende” kunne knytte seg til forhold på både kausjonistens og hoveddebitors side.<sup>36</sup> Virkningene av et eventuelt brudd var at avtalen helt eller delvis kunne settes tilside. Spørsmålet her blir om § 60(2) endrer den tidligere rettstilstand.

Etter andre ledd inntreer frarådningsplikten dersom långiver ”må anta at økonomisk evne eller andre forhold på kausjonistens side tilsier at denne alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon”. En naturlig språklig forståelse av dette peker i retning av at vilkårene for frarådningsplikten inntreden har endret seg. Det er ikke bare sviktende ”økonomiske evne”, men også ”andre forhold” på kausjonistens side som skal vurderes. Disse vilkårene er knyttet til forhold på kausjonistens side. Dette kan peke i retning av at hoveddebitors forhold ikke er av betydning for frarådningsplikten inntreden. Forhold på hoveddebitors side kan gi grunnlag for en underrettelsesplikt.<sup>37</sup> Dette kan tolkes dit hen at lovgiver mente en underrettelsesplikt ville være tilstrekkelig i slike tilfeller. Til tross for dette er det grunnlag for å hevde at hoveddebitors forhold fortsatt er av betydning ved vurderingen av frarådningsplikten. Som vi skal se under pkt. 3.7.2 vil hoveddebitors økonomiske evne være av betydning ved drøftelsen av vilkårene i andre ledd.

Terskelen for frarådningsplikten inntreden har også endret seg. Det skal mindre til for å hevde at noen ”alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon” enn å hevde at noe er et ”håpløst foretagende”. Den sist nevnte hjemmelen for inntreden av frarådningsplikten var også forbeholdt de ”heilt særskilte situasjoner”, jfr.Rt.2003 s.1252. Selv om denne dommen gjaldt spørsmålet om inntreden av frarådningsplikt ved lånopptak, er den fortsatt relevant for tolkningen ettersom grensen er tilsvarende som ved kausjon, jfr. pkt.3.2.1.

---

<sup>36</sup> Pkt. 3.2.1

<sup>37</sup> § 60(1)

Forholdet til frarådningsplikten er nevnt i en uttalelse fra Bankklagenemnda publisert i BKN-02004. Her sier nemnda at finansavtaleloven ”pålegger bankene en utvidet informasjons- og frarådningsplikt overfor kausjonister i forbrukerforhold”. De påpeker også at den lojalitetstanke som loven bygger på ”på mange måter er en videreføring av § 36”.

Det er derfor grunnlag til å hevde at innføringen av långivers frarådningsplikt overfor kausjonist er en nydannelse i finansavtaleloven. Dette gjelder uansett om det eksisterte en frarådningsplikt før finansavtaleloven eller ikke. Nå er den lovfestet og klar. Dette innebærer at långiver er pålagt en strengere plikt enn det som fulgte av den eldre rettstilstand.

Når det gjelder virkningene av brudd på frarådningsplikten følger det av § 60(1) og (2) at kausjonistens ansvar kan ”nedsettes for så vidt lemping finnes rimelig”. Brudd på frarådningsplikten etter den eldre rett var et brudd på ugyldighetsreglene, herunder avtaleloven § 36. Det var derfor et spørsmål om avtalen kunne settes tilside ”helt eller delvis”. Virkningene ved brudd på §§ 60(1) og (2) innebærer derfor ikke en endring i rettstilstanden. Det er fortsatt hjemmel til å modifisere avtalen etter rimelighetshensyn.

### 3.3 Hensyn bak bestemmelsen

Finansavtaleloven skal etter Ot.prp.(s. 5) klargjøre rettstilstanden på en rekke viktige områder. ”Lovutkastet tar sikte på å gjøre kontraktsforholdet mellom institusjonene og kundene tydeligere, mer balansert og rimeligere.” Det er i denne sammenheng særlig lagt vekt på ”hensynet til brukerne, samtidig som det er viktig at reglene ikke er til hinder for at institusjonene kan drive effektivt og med sunn økonomi”. Kausjonsreglene er ment å klargjøre rettstilstanden på området ved å ta hensyn til den økende grad av lojalitet i kontraktsforhold og kausjonistenes styrkede stilling.

En frarådningsplikt overfor kausjonist skal balansere hensynet til kausjonisten og hensynet til kredittlivet. Det å overta risiko på spinkelt grunnlag er karakteristisk for kausjoner. Det ligger i selve avtaletypen at risikoen kan materialisere seg uventet. Man kan derfor ikke gå for langt i å fraråde ettersom det kan ødelegge kredittinstrumentet. En streng lovregulering vil frata ”kausjonen dens *praktiske betydning* som sikkerhetsform” og ramme unge i etableringsfasen som har vanskelig for å fremskaffe annen form for sikkerhet, jfr. Bankforeningens syn publisert i Ot.prp.(s. 64). Dette er ikke ønskelig.

På den annen side kan kausjonisten stå i et fjernt forhold til lånetaker. Kausjonisten har derfor et behov for beskyttelse. Ettersom disse hensynene står mot hverandre er det viktig at frarådningsplikten inntre i de tilfeller hvor hensynet til kausjonisten veier tyngst.

#### 3.3.1 Hensyn som er ivaretatt i § 60(1)

§ 60(1) pålegger långiver en plikt til å opplyse kausjonisten dersom låntaker har eller burde ha vært frarådet etter § 47. Bestemmelsen ivaretar hensynet til kausjonisten. Det vil være sterkt urimelig å la kausjonisten stille kausjon i de tilfeller hvor det er sannsynlig at hoveddebitor ikke vil kunne oppfylle. Som presisert av flertallet i Justiskomiteen er det ”naturlig at kausjonisten da skal bli orientert”, jfr. Innst.(pkt. 10.4). Da vil jo kausjonisten mest sannsynlig måtte tre inn. Et sentralt poeng i denne sammenheng er at kausjonisten ofte ikke har full oversikt over hoveddebitors økonomi. En opplysningsplikt overfor



kausjonist som nevnt ovenfor, vil derfor bidra til å styrke kausjonistens stilling. Her veier hensynet til kausjonisten tyngst.

### 3.3.2 Hensyn som er ivaretatt i § 60(2)

Frarådningsplikten inntreffer etter andre ledd når ”økonomisk evne eller andre forhold på kausjonistens side tilsier at denne alvorlig bør overveie å avstå fra å kausjonere”, jfr. § 60(2).

Regelen ble ønsket av to av medlemmene i Banklovkommisjonen, Graver og Stalheim, jfr. NOU (s. 56 flg.). De begrunnet sitt standpunkt ”ut fra lojalitetshensyn i forhold til den långiver inngår avtale med”. De peker i denne sammenheng på at långiver som den profesjonelle part bør fraråde kausjonisten i de tilfeller hvor ”kausjonistens økonomi tilsier at vedkommende vil kunne få betydelige problemer om kausjonsansvaret må innfries”. Dette synspunkt er også i samsvar med den generelle lojalitetstanke som finansavtaleloven er bygget på, jfr. BKN-02004. Lojalitetstanken er særlig sterk her ettersom det er snakk om en forbruker som inngår kausjonsavtale med en mer profesjonell part, banken.

Det andre hensyn som Graver og Stalheim begrunner regelen med er ”hensynet til en forsvarlig forretningsdrift”. De mener at kunnskap om verdien av den sikkerhet kausjonen utgjør må vurderes på samme måte som låntakers betalingsevne. Dersom sikkerheten viser seg å være svak på grunn av kausjonistens stilling ”bør ikke den aktuelle kandidat uten videre godtas som kausjonist”. Det er derfor rimelig å pålegge långiver en frarådningsplikt når kausjonistens ”økonomiske evne eller andre forhold på kausjonistens side tilsier at denne alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon”.

Foruten å ta hensyn til kausjonisten selv, vil andre ledd også ivareta hensynet til långiver. Dersom det viser seg at kausjonisten ikke vil makte å betjene forpliktelsene, vil verken kausjonisten eller banken være tjent med en avtale. Poenget med en kausjon er jo at det skal være en sikkerhet for banken. En kausjonist uten de nødvendige midler vil ikke være noen god sikkerhet.

§ 60(2) gir samme grunnlag for frarådning som § 47. Dette er en rimelig løsning. Kausjonistens ansvar gjøres jo gjeldende når hoveddebitor ikke kan gjøre opp for seg. Dersom långiver ikke hadde hatt en frarådningsplikt som nevnt ovenfor, kunne det medført at kausjonisten ble dårligere stilt enn hoveddebitor. Dette ville vært tilfelle i situasjoner hvor hoveddebitor og kausjonisten var likt stilt økonomisk sett. Dersom dette var en dårlig økonomisk situasjon ville långiver vært pålagt å fraråde hoveddebitor, men ikke kausjonisten. Dette ville vært urimelig. Hoveddebitor hadde hatt valget mellom å følge bankens råd eller å trosse det, mens kausjonisten kanskje ikke hadde vært klar over sin dårlige økonomiske stilling. Ettersom kausjon kan innebære at kausjonisten må gjøre opp for hoveddebitor, blir det feil å gjøre forskjell her.

Frarådningsplikten overfor kausjonist ivaretar derfor hensynet til både kausjonisten og lånegiveren. Ettersom særlig kausjonisten blir godt ivaretatt, bidrar bestemmelsen til å ivareta hensynene bak kausjonsreglene i finansavtaleloven som er nevnt innledningsvis.

### 3.4 Generelt om opplysningsplikten ved kausjon

Finansavtaleloven § 59 pålegger långivere en opplysningsplikt overfor forbrukere som stiller kausjon. Hva som menes med ”forbruker” er drøftet i pkt. 1.2.2 og nedenfor i pkt. 3.5. Denne definisjonen blir av mindre betydning her, ettersom Banklovkommisjonen mente at opplysningsplikten var ”av en slik natur at de måtte etterleves av institusjonene uansett om kunden er forbruker eller ikke”, jfr. NOU(s. 176).

§ 59 pålegger for det første långiver en plikt til å opplyse kausjonisten om ”den alminnelig risiko som knytter seg til kausjonsansvar”. Det ligger i dette at opplysningsplikten ikke knytter seg til den risiko som kausjonsansvaret synes å innebære på kontraheringstidspunktet. Den alminnelige risiko omfatter heller ikke opplysninger om kausjonistens økonomiske evne. Det er særlig på dette punkt opplysningsplikten skiller seg fra frarådningsplikten.

Institusjonene må videre opplyse kausjonisten om hvilke lån og kreditter som kausjonen omfatter og for hvilket tidsrom kausjonsansvaret skal gjelde. Opplysningsplikten knytter seg også til kausjonskravets størrelse eller det høyeste beløp kausjonen skal sikre samt om ansvaret for renter og andre kostnader. Plikten her er et godt virkemiddel for å skape forutberegnlighet for kausjonisten. Det er viktig for kausjonisten å vite hvor stort ansvaret kan bli.

Når det gjelder pant og annen sikkerhet som er stilt eller forutsettes stilt er også dette informasjon som långiver må gi kausjonisten. Til slutt følger det av § 59 at kausjonisten må opplyses om forhold rundt en eventuell gjeldsforsikring, verdien av pant og annen sikkerhet som legges til grunn for låneforholdet, om kausjonen skal omfatte eldre gjeld og om den er misligholdt og til slutt om andre forhold ”som kausjonisten i samsvar med redelighet og god tro har krav på å bli opplyst om”. Det følger også av § 59(2) at långiveren så snart som mulig skal gi kausjonisten en kopi av låneavtalen eller på annen måte gjøre den tilgjengelig.

§ 59 pålegger långiver en omfattende opplysningsplikt overfor kausjonist. Som nevnt ovenfor var långiver også tidligere pålagt en opplysningsplikt. Nå som den er lovfestet er den mer presis og gir god beskyttelse for eventuelle forbrukere som ønsker å kausjonere. Dette er i samsvar med hensynene bak kausjonsreglene i finansavtaleloven.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> Se pkt. 3.3

### 3.5 Virkeområdet til § 60

Formålet med dette avsnittet er å definere virkeområdet til § 60. Bestemmelsen er nedfelt i kapittel 4. Virkeområdet for dette kapittelet er nærmere fastsatt i § 57(1). Denne bestemmelsen hjemler at § 60 ”gjelder når en finansinstitusjon eller lignende institusjon som nevnt i § 1 annet ledd er kreditor etter kausjon stilt for lån eller annen kreditt”. § 60 får tilsvarende anvendelse når ”en forbruker stiller kausjon gjennom et meglerforetak, jf. § 75(3) 2.punktum”. Det følger også av § 58 at dersom långivers fordring på kausjonisten overdras, vil bestemmelsene i kapittel 4 gjelde ”tilsvarende i forholdet mellom kausjonisten og den som fordringen blir overdratt til”. Dette gjelder som et utgangspunkt, men noe annet kan fastsettes ved lov, jfr. § 58.

Frarådningsplikten inntreffer altså ved inngåelse av avtale om å stille kausjon. Begrepet kausjon er definert innledningsvis under pkt. 1.2.3. Når det gjelder forståelsen av ordet ”kausjon” i kapittel 4 i finansavtaleloven, følger det av § 57(2) at uttrykket også omfatter pant stilt av tredjeperson (realkausjon). Det følger av forarbeidene at det avgjørende er hvorvidt ”avtalens formål og økonomiske virkninger er som for en kausjon”, jfr. NOU (s. 175).

§ 60 er videre begrenset til situasjoner hvor forbrukere er involvert i låneopptaket eller kausjonsstillelsen. Etter første ledd må långiver fraråde en kausjonist dersom långiveren har eller burde ha frarådet en forbruker å ta opp lån jfr. § 47. Etter andre ledd må långiver fraråde en forbruker å stille kausjon dersom ”økonomisk evne eller andre forhold på kausjonistens side tilsier at denne alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon”. Første ledd gjelder overfor kausjonister generelt, mens andre ledd er begrenset til forbrukere som stiller kausjon. Ettersom det er presisert i forarbeidene at ”reguleringen bør gjelde forholdet mellom private parter på den ene side og finansinstitusjoner på den annen”, ligger det kanskje en forutsetning her om at kausjonisten uansett må være en privat part.

Forbrukerbegrepet er definert innledningsvis i pkt. 1.2.2. Det er likevel grunn til å presisere begrepet nærmere ettersom kapittel 4 har en særskilt forbrukerdefinisjon.

Det følger av § 57(3) at med forbruker i dette kapittel regnes en fysisk person som kausjonerer for noen annens gjeld. Videre er kausjonens formål av betydning ved vurderingen av om noen er å regne som en forbruker. Kausjonens formål kan ikke hovedsakelig være ”knyttet til kausjonistens næringsvirksomhet”, jfr. § 57(2) litra a). Et unntak fra dette foreligger dersom formålet med kausjonen er knyttet til kausjonistens næringsvirksomhet, men kausjonisten er en fysisk person og kausjonen består i pant i formuesgode som ikke er knyttet til næringsvirksomhet. Kausjonisten vil i slike tilfeller også være å anse som en forbruker, jfr. § 57(2) litra b). Hva som ligger i ”næringsvirksomhet” er presisert i 4.ledd. Jeg velger å ikke gå nærmere inn på dette ettersom problemstillingen for oppgaven knytter seg til forbrukeres opptak av lån.

Selv om det er nevnt innledningsvis er det grunn til å presisere at loven ikke kan fravikes til skade for en forbruker, jfr. § 2 finansavtaleloven. Når det gjelder § 60 er det derfor spørsmål om den er ufravikelig i sin helhet. Som nevnt ovenfor gjelder første ledd tilfeller der private personer stiller kausjon for en forbruker. Kausjonisten må derfor ikke nødvendigvis være en forbruker. Spørsmålet blir derfor om dette leddet kan fravikes. Ordlyden peker i denne retningen. På den annen side finnes det bestemmelser i loven som er ufravikelig også overfor næringsdrivende jfr. NOU (s. 40 flg), Ot.prp (s. 22 flg.) og Innst. (pkt. 6). § 60 er ikke uttrykkelig nevnt her. Det er derfor uklart hvorvidt bestemmelsen viker for avtale. Hensynet til kausjonisten taler imidlertid for at § 60(1) er ufravikelig i alle tilfeller. Andre ledd gjelder bare dersom kausjonisten er en forbruker. Andre ledd kan derfor uansett ikke fravikes dersom det er til skade for en forbruker.

### 3.6 Vurderingsgrunnlag og vurderingstidspunkt

§ 60 pålegger långiver en frarådningsplikt overfor kausjonist. Som nevnt ovenfor er plikten etter 1. ledd en videreføring av § 47. De grunnleggende forhold i vurderingen er derfor knyttet til denne bestemmelsen. Når det gjelder andre ledd er vurderingen knyttet til spørsmålet om kausjonisten kan betjene en eventuell realisering av forpliktelsen. Den nærmere forståelse av vurderingsgrunnlaget og vurderingstidspunktet skal behandles i det følgende.

#### 3.6.1 Vurderingsgrunnlag

Vurderingsgrunnlaget etter første ledd er knyttet til hvorvidt låntaker er eller burde ha vært frarådet. Spørsmålet om låntaker er frarådet eller ikke er kun et spørsmål om et gitt fakta eksisterer eller ikke. Det er derfor ikke grunn til å problematisere vurderingsgrunnlaget her. Når det gjelder spørsmålet om låntaker burde ha vært frarådet, blir vurderingen en annen. Denne vurderingen knytter seg til vilkårene i § 47. Når det gjelder hvilket grunnlag som ligger til grunn for denne vurderingen, velger jeg å vise til drøftelsen i pkt. 2.5.1.

Vurderingsgrunnlaget etter § 60(2) vil også være ganske lik som under § 47. Vurderingen etter begge bestemmelser knytter seg til vilkåret om at ”økonomisk evne eller andre forhold” tilsier at kausjonisten eller hoveddebitor alvorlig bør overveie å avstå fra disposisjonen. Som nevnt i pkt. 2.5.1 er avgjørelsene under vurderingen av § 47 hentet fra den tidligere rettstilstand. Enkelte avgjørelser gjelder også tilfeller av kausjon. Disse avgjørelsene gjelder imidlertid vurderingen av lånsøkerens økonomi. Andre ledd gjelder kausjonistens økonomi. Situasjonen blir derfor litt annerledes.

Problemstillingen her er ikke direkte regulert i loven. I NOU(s. 57) presiserte imidlertid de to medlemmene som ønsket denne bestemmelsen, at långiver bør fraråde kausjonisten ”når det tilsies ut fra långivers profesjonelle kjennskap til kausjonistens økonomi”. Dette ble også fulgt opp i Innst.(pkt. 10.4). Dette peker i retning av at långiver også her i

utgangspunktet ikke har en plikt til å undersøke kausjonistens økonomi. Vurderingen knytter seg til den informasjonen som långiver har.

Problemstillingen kom opp i en uttalelse publisert i BKN-02004. Et av spørsmålene her var om långiver burde ha foretatt en kredittvurdering av kausjonisten. Bankklagenemnda tok her utgangspunkt i at banken etter vanlig bankpraksis, ikke var forpliktet til å foreta en kredittvurdering av kausjonisten. Nemnda presiserte i denne sammenheng at ansvaret som kausjonisten påtok seg ikke var så stort at det ”oppstod en spesiell plikt for banken til å vurdere klagers økonomiske forhold”. Denne uttalelsen peker i retning av at banken kan være pålagt en kredittvurderingsplikt dersom kausjonisten påtar seg et særlig stort ansvar. Nemnda la til grunn at det ikke var tilfelle her. Det avgjørende for nemnda her var at forpliktelsen ikke var ”så stor det ikke ville kunne finnes andre løsninger som kunne redde boligen”.

BKN-03136 gjaldt også spørsmålet om långiver burde foretatt en kredittvurdering av kausjonisten. I motsetning til avgjørelsen ovenfor, ble denne avgjørelsen avsagt med hjemmel i finansavtaleloven. Når det gjaldt kredittvurderingen knyttet nemnda denne vurderingen opp mot sikkerheten for kausjonen. Kausjonen var sikret i en eiendom som kausjonisten ikke bodde på. Kausjonisten kunne derfor innfri forpliktelsen uten å måtte skifte bopel. Nemnda mente derfor at unnlatelsen av å foreta kredittvurdering, ikke hadde noen virkning for kausjonistens ansvar. Hvorvidt pantobjektet var kausjonistens hjem eller om det var andre verdier som kunne realiseres var også avgjørende i BKN-00001, BKN-04066 og BKN-05059.

Uttalelsene fra Bankklagenemnda peker derfor i retning av at långiver i utgangspunktet ikke har noen plikt til å undersøke kausjonistens økonomi. Unntak fra dette er dersom kausjonisten påtar seg et særlig stort ansvar. Et særlig stort ansvar kan innebære at kausjonistens bolig må selges. Vurderingen av kausjonistens økonomi knytter seg derfor til den informasjonen långiver får. Når det gjelder vurderingen av feilaktig informasjon, urealistiske forventninger om fremtiden og informasjon som ikke er gitt, velger jeg å vise

til drøftelsen i pkt. 2.5.1. Det foreligger imidlertid en modifikasjon her. Vurderingen av lånsøker vil nødvendigvis være mer omfattende enn vurderingen av kausjonisten nettopp fordi det er han som skal ta opp lån.

### 3.6.2 Vurderingstidspunkt

Tidspunktet for når frarådningsplikten skal inntre er regulert i § 60. Plikten etter første ledd inntre ved inngåelse av kausjonsavtalen eller senest før lånet utbetales. Dette innebærer at frarådningsplikten kan inntre etter at det er inngått bindene avtale om kausjon.<sup>39</sup>

Tidspunktet for vurderingen tilsvarer derfor § 47.

Plikten etter andre ledd inntre ”før kausjonsavtalen inngås med en forbruker”. Det følger derfor etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden, at frarådningsplikten ikke er overholdt dersom kausjonisten frarådes etter at bindene avtale er inngått. Dette medfører at tidspunktet for pliktens inntreden avviker fra både første ledd og § 47. Som nevnt ovenfor kan plikten her inntre før lånet utbetales. Altså etter at kausjonsavtale er inngått.

Årsaken til at grensen etter andre ledd avviker fra § 60(1) og § 47 er ikke kommentert i forarbeidene. Andre ledd bygger etter forarbeidene på de samme hensyn som § 47. Man skulle derfor tro at den samme grensen for pliktens inntreden ville vært rimelig.

Grensen for pliktens inntreden er av betydning ettersom det har sammenheng med vurderingsgrunnlaget. Jo tidligere pliktens inntreden er, jo færre omstendigheter ligger til grunn for vurderingen. Dette innebærer at omstendigheter som inntre etter denne grensen, ikke vil ligge til grunn for vurderingen av frarådningsplikten. De ulike grensene etter første og annet ledd innebærer derfor at flere omstendigheter ligger til grunn for vurderingen etter første ledd. Her er også omstendigheter som inntre etter at kausjonsavtalen inngås av betydning. Ettersom overholdelse av frarådningsplikten kan gi kausjonisten hjemmel til å gå fra avtalen, vil praktiseringen av de ulike grensene føre til en urimelig løsning. Dersom det inntre avgjørende omstendigheter etter at avtalen er inngått vil det innebære at

---

<sup>39</sup> Pkt. 4.1



hoveddebitor og kausjonist etter § 60(1) kan gå fra avtalen. Kausjonisten etter § 60(2) vil derimot ikke kunne gå fra avtalen. Lemping vil også være utelukket ettersom det ikke foreligger noe brudd på frarådningsplikten. Omstendighetene som inntrådte senere var jo ikke en del av vurderingsgrunnlaget etter andre ledd. Det er derfor ikke grunnlag for å hevde at det foreligger brudd på § 60(2). Forbrukere som stiller kausjon etter andre ledd er derfor dårligere stilt enn kausjonister etter første ledd. Dette er ikke rimelig, særlig ettersom kausjonisten i første ledd ikke nødvendigvis er en forbruker.

### 3.7 Vilkår for underrettelsesplikt og frarådningsplikt

#### 3.7.1 Vilkår for underrettelsespliktens inntreden etter § 60(1)

Dersom vilkårene i § 47 er oppfylt pålegger § 60(1) långiveren en plikt til å underrette kausjonisten om dette skriftelig. Vilåret for underrettelsesplikten etter første ledd følger derfor vilkårene i § 47. Spørsmålet om når denne frarådningsplikten inntre er drøftet i pkt. 2.5 og 2.6. Jeg velger derfor i hovedsak å henvise til disse drøftelsene.

Det er likevel grunn til å påpeke en omstendighet som er særegent for kausjoner. Forholdet mellom låntaker og kausjonist kan være nært. Dette kan igjen innebære at kausjonisten allerede har den nødvendige kunnskap om lånsøkers økonomi. Dette har Bankklagenemnda etter den eldre rettspraksis lagt vekt på ved vurderingen av opplysningspliktens inntreden, jfr. pkt. 3.8.

#### 3.7.2 Vilkår for frarådningspliktens inntreden etter § 60(2)

Vilåret for frarådningspliktens inntreden etter andre ledd er at ”økonomisk evne eller andre forhold på kausjonistens side tilsier at denne alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon”. ”Økonomisk evne” og ”andre forhold” er altså alternative vilkår for frarådningspliktens inntreden.

### 3.7.2.1 Økonomisk evne

Vurderingen av ”økonomisk evne” i § 60(2) vil etter en naturlig språklig forståelse måtte bero på en vurdering av kausjonistens aktiva og passiva. Resultatet av en slik vurdering må deretter vurderes opp mot den aktuelle kausjonen. Dersom ansvaret omfatter en betydelig del av kausjonistens midler vil det peke i retning av at ”økonomisk evne” (..) ”tilsier at denne alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon”.

Den nærmere forståelse av ”økonomisk evne” er ikke direkte omtalt i forarbeidene til § 60(2). Det som er presisert er at en ”tilsvarende regel som den *mindretallet* går inn for i forholdet mellom långiver og låntaker, burde gjelde i forholdet mellom långiver og kausjonist”. Ettersom § 47 og § 60(2) har samme vilkår for inntreden, peker dette i retning av at den samme forståelsen skal legges til grunn. Når det gjelder Banklovkomisjonens forståelse av ”økonomisk evne”, velger jeg å henvise til drøftelsen i pkt. 2.6.1.

Det er likevel grunn til å presisere en forskjell her. § 47 regulerer låntakerens ”økonomiske evne”, mens § 60(2) regulerer kausjonistens ”økonomiske evne”. For å belyse forskjellen er det nødvendig å drøfte den praksis som foreligger. Det foreligger ingen høyesterettsdommer eller underrettspraksis knyttet til forståelsen av § 60(2). Bankklagenemnda har imidlertid noen uttalelser rundt dette.

I en uttalelse publisert i BKN-04066 drøftet nemnda om kausjonisten burde vært frarådet etter § 60(2). Nemnda la her vekt på at ”realkausjonen kan frata klager hans hjem, og det vesentlige økonomiske aktivum”. Som vi ser her er spørsmålet om kausjonen kan frata kausjonistens hjem, også av betydning ved vurderingen av ”økonomisk evne”. Dersom realisering av kausjonen kan medføre at kausjonisten taper vesentlige økonomiske aktivum, er det et argument i retning av at ”økonomisk evne” (..) ”tilsier at denne alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon”.

Etter eldre praksis var både forhold på låntakers og kausjonistens side hjemmel for å pålegge frarådningsplikt.<sup>40</sup> Etter § 60(2) er det kun forhold på kausjonistens side som er avgjørende. Spørsmålet her er derfor om låntakers forhold kan være av betydning ved vurderingen av ”økonomisk evne”.

Et argument mot dette er § 60(1). Etter denne bestemmelsen vil lånsøkers vanskelige økonomiske stilling pålegge långiver en opplysningsplikt overfor kausjonisten. Lovgiver kan ha ment at en opplysningsplikt er et tilstrekkelig virkemiddel til å ivareta kausjonistens interesser her.

På den annen side kan man ikke slutte av dette at låntakers forholdet ikke er av betydning ved vurderingen av frarådningsplikten inntreden etter andre ledd. Som nevnt ovenfor går frarådningsplikten ett skritt lenger enn opplysningsplikten. I enkelte tilfeller vil en opplysning om låntakers vanskelige økonomiske situasjon ikke være tilstrekkelig. En oppfordring til å avstå fra å stille kausjon fra banken vil i mange tilfeller være mer opplysende. Det er derfor et behov for at forholdet omfattes av frarådningsplikten etter andre ledd. Det er også naturlig at låntakers økonomi er av betydning ved vurderingen av ”økonomisk evne”. Kausjonistens økonomi skal jo vurderes opp mot kausjonsforpliktelsen. Jo vanskeligere situasjonen er for låntaker, jo større er risikoen for kausjonisten. Jo større risikoen er, dess større blir kausjonsforpliktelsen. En stor forpliktelse innebærer igjen at kausjonisten må ha god økonomi. Låntakers økonomi bør derfor være av betydning ved vurderingen av ”økonomisk evne”.

---

<sup>40</sup> Pkt. 3.2.1

### 3.7.2.2 Andre forhold

Etter finansavtaleloven § 60(2) kan også ”andre forhold” tilsi at kausjonisten alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon. En naturlig språklig forståelse av dette tilsier at det må være noe annet enn ”økonomisk evne”. Den nærmere forståelse av vilkåret er uklar.

Hva som ligger i ”andre forhold” er ikke direkte omtalt i forarbeidene til § 60(2). Det som er presisert er at en ”tilsvarende regel som den *mindretallet* går inn for i forholdet mellom långiver og låntaker, burde gjelde i forholdet mellom långiver og kausjonist”. Siden § 47 og § 60(2) har samme vilkår for inntreden, peker dette i retning av at den samme forståelsen skal legges til grunn. Når det gjelder Banklovkommisjonens forståelse av ”andre forhold”, velger jeg å henvise til drøftelsen i pkt. 2.6.2.

§ 47 gjelder frarådningsplikten overfor låntaker og ikke kausjonist. Det er derfor grunn til å se på praksis rundt § 60(2) for å belyse forskjellen. Siden frarådningsplikten grunnet i ”andre forhold” representerer en endring sammenlignet med eldre rett,<sup>41</sup> finnes det lite praksis rundt vilkåret. Høyesterett og underordnede domstoler har ingen dommer knyttet til forståelsen. Banklagenemnda har imidlertid noen uttalelser som kaster lys over bestemmelsen.

I BKN-04071 stilte en kausjonist sin leilighet til pant i forbindelse med en sikkerhetsendring i et restaurantselskap som hadde gått med underskudd. Et av spørsmålene her var om kausjonisten burde vært frarådet. Kausjonisten stilte sikkerhet for ca 50% av selskapets engasjement, mens forutsetningen var at han skulle gå inn med en eierandel på 30%. Kausjonisten var i en svært risikoutsatt posisjon. Det forelå derfor ”andre forhold” på kausjonistens side som tilsa at han alvorlig burde ”overveie å avstå fra å stille kausjon”. Banken burde derfor ha frarådet han etter § 60(2).

---

<sup>41</sup> Pkt. 2.2

I BKN-04072 hadde en kausjonist stilt realkausjon pålydende kr. 570.000 til sikkerhet for et av sine barns lån til studiefinansiering. Spørsmål om klager burde vært frarådet etter § 60(2). Lånet til hoveddebitor var refinansiert flere ganger. Klager var en pensjonist med lav inntekt og ingen særlig formue ved siden av den pantsatte leiligheten. Lånet var derfor svært risikoutsatt. Dette er et "annet forhold" som medførte at kausjonisten alvorlig burde "overveie å avstå fra å stille kausjon". Vilkåret i § 60(2) er derfor oppfylt. Banken burde derfor frarådet kausjonisten.

I avgjørelsen ovenfor var risikoen for låntaker sett i sammenheng med kausjonistens økonomi en omstendighet under "andre forhold". Jeg har i vurderingen under "økonomisk evne" argumentert for at dette er en relevant omstendighet der. Nemndas argument i vurderingen ovenfor er at långiver burde vurdert konsekvensene for kausjonisten dersom kausjonen skulle bli realisert. Ettersom kausjonistens økonomi var svak og hoveddebitor hadde betalingsproblemer, fremstod transaksjonen som risikoutsatt. Samlet sett karakteriserer nemnda dette som "andre forhold".

Slik jeg forstår forarbeidene er "andre forhold" typisk forhold knyttet til selve innholdet av transaksjonen. Som nevnt ovenfor er det i NOU(s. 55) nevnt som eksempel at man kjøper en leilighet til betydelig over markedspris. Uttalelsen ovenfor publisert i BKN-04071 gjelder også selve innholdet i transaksjonen. Den sikrer 50% av gjelden, men gir bare en eierandel på 30%. Enkelt sagt pålegger vilkåret banken en frarådningsplikt overfor låntaker/kausjonist dersom de er i ferd med å inngå en "dårlig avtale". Å inngå en avtale som er økonomisk sett risikofylt kan falle inn under en "dårlig avtale". På samme tid er en økonomisk sett risikofylt avtale over kausjonistens "økonomiske evne". Uansett hva man legger til grunn vil de risikofylte omstendighetene falle inn under § 60(2). Det betyr at forhold på låntakers side kan bidra til å pålegge långiver en frarådningsplikt overfor kausjonist.

### 3.7.3 Unntak med grunnlag i kausjonistens kunnskap?

§ 60 hjemler ingen unntak fra långivers frarådningsplikt overfor kausjonist. Spørsmålet i dette avsnittet er om kausjonistens kunnskap medfører et unntak fra frarådningsplikten. Problemstillingen knytter seg altså til om § 60 hviler på en forutsetning om at kausjonisten ikke har den nødvendige kunnskap. Forarbeidene støtter ikke et slikt syn. Spørsmålet er derfor om det finnes støtte for dette i praksis. Det finnes ingen avgjørelser fra Høyesterett eller de underliggende retter som kaster lys om problemstillingen. Bankklagenemnda har imidlertid noen uttalelser som drøfter problemstillingen. Jeg har valgt å drøfte praksis etter første og andre ledd hver for seg.

#### 3.7.3.1 Grunnlag for unntak etter § 60(1)?

Første ledd knytter seg til hoveddebitors vanskelige økonomiske situasjon.

Problemstillingen her knytter seg derfor til om kausjonistens kunnskap om dette gir rom for et unntak fra underretningsplikten. Dette er særlig aktuelt ved kausjon ettersom låntaker og kausjonist kan ha en nær forbindelse. Dette kan medføre at kausjonisten allerede har den nødvendige kunnskap.

I BKN-95040 drøftet Bankklagenemnda betydningen av debtors kunnskap. I denne saken mente kausjonistene at de burde fått informasjon fra banken om hoveddebitors økonomiske stilling. Ved vurderingen her la nemnda vekt på at kausjonistene hadde hatt informasjon om hoveddebitors totale gjeld. Nemnda forutsatte i denne sammenheng at kausjonistene som nærstående til låntakeren hadde "en viss innsikt i hans inntektsnivå". Dette synet ble fulgt opp i BKN-00001 der kausjonisten også hevdet at han burde fått informasjon om hoveddebitors økonomiske situasjon. Nemnda presiserte i denne sammenheng at "utfra klagers kjennskap til sønnens økonomi, blant annet selskapets konkurs, finner nemnda at hun må ha forstått at hun deltok i en redningsoperasjon da hun garanterte". Dette ble igjen fulgt opp i BKN-01056 som omhandlet en kones kausjon til fordel for sin ektemann. Nemnda påpekte her at hennes kjennskap til "sin daværende ektefelles anstrengte økonomiske situasjon" medførte at hun "anses for å ha akseptert den risiko det innebar å

stille sikkerheten”. Dette synspunkt ble også lagt til grunn i en uttalelse publisert i BKN-00051.

Som nevnt ovenfor gjelder disse uttalelsene forholdet til opplysningsplikten. Ettersom frarådningsplikten kan sies å være en forlengelse av opplysningsplikten, jfr. pkt. 3.2, kan de samme momentene fortsatt være av betydning. Dette er i samsvar med hensynene bak bestemmelsen. Hensynet for å pålegge en opplysningsplikt etter første ledd, vil ikke være like fremtredende dersom kausjonisten har den nødvendige kunnskap. På den annen side går nettopp frarådningsplikten lenger enn opplysningsplikten.<sup>42</sup> Utgangspunktet var jo tidligere at kausjonisten selv måtte bære risikoen for sine forutsetninger om hoveddebitors økonomiske situasjon. Det fantes snevre unntak fra dette. Dersom kausjonisten hadde den nødvendige kunnskap var det derfor klart at utgangspunktet kom til anvendelse. Ved lovfesting av frarådningsplikten ble utgangspunktet snudd. Dette medfører at terskelen for å bruke disse uttalelsene som grunnlag for å statuere et unntak blir høyere.

Poenget er at selv om kausjonisten har den nødvendige kunnskap om hoveddebitors økonomi, kan det fortsatt være et behov for å opplyse om at hoveddebitor er frarådet. Dette bidrar til å styrke kausjonistens stilling som er et av de bærende hensyn bak bestemmelsen.<sup>43</sup> En slik forståelse er også i overensstemmelse med ordlyden i første ledd. Vurderingen er knyttet til spørsmålet om hoveddebitor er frarådet eller ikke. Dersom hoveddebitor er frarådet etter § 47 skal kausjonisten underrettes om dette. Dersom det skulle ligge en forutsetning her om at kausjonisten ikke hadde den nødvendige kunnskap, ville praktiseringen av første ledd bli unødvendig komplisert.

Dette stiller seg litt annerledes dersom hoveddebitor burde vært frarådet. Långiver har etter første ledd også en opplysningsplikt overfor kausjonisten i slike tilfeller. Dersom

---

<sup>42</sup> Se pkt. 3.2

<sup>43</sup> Se pkt. 3.3

kausjonisten ved vurderingen her har kunnskap om hoveddebitors stilling, gjør hensynet for at dette skal ha betydning seg sterkere gjeldende her.

Kausjonistens kunnskap om hoveddebitors økonomi kan derfor være av betydning. Et sentralt poeng er likevel at finansavtalelovens formål blant annet var å styrke kausjonistens stilling. Loven vil derfor gå langt i å beskytte kausjonisten. Kausjonistens kunnskap vil derfor ikke være så avgjørende som etter den tidligere rettstilstand.

### 3.7.3.2 Grunnlag for unntak etter § 60(2)?

Andre ledd knytter seg til vurderingen av kausjonistens økonomi. Problemstillingen her knytter seg derfor til om kausjonistens kunnskap om sin egen økonomi medfører et unntak fra frarådningsplikten. Vurderingen her blir ganske lik vurderingen under § 47.<sup>44</sup> Som presisert der vil det avgjørende være ordlyden i § 60(2). Vilkåret knytter seg til långivers kunnskap og vurderinger. Dette er rimelig ettersom det er viktig å beskytte kausjonisten. Selv om kausjonisten sitter inne med all relevant informasjon, kan det være andre omstendigheter som gjøre det vanskelig å velge å ikke kausjonere. Det kan foreligge forventninger fra hoveddebitor som medfører at kausjonisten føler seg presset til å kausjonere. At långiver uavhengig av kausjonistens kunnskap har plikt til å fraråde, kan bidra til å øke beskyttelsen av kausjonisten.

---

<sup>44</sup> Se drøftelsen i pkt. 2.6.3



### 3.8 Kravet til underretning

Når det gjelder kravet til underretning innebærer § 60(1) at långiver må underrette kausjonisten skriftlig dersom låntaker er frarådet etter § 47. Etter § 60(2) må långiver underrette kausjonisten skriftlig dersom han på grunn av økonomisk evne eller andre forhold på hans side ”alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon”. Kravet til underretning er derfor ikke oppfylt dersom långiver har underrettet kausjonisten om disse omstendigheter muntlig.

Nærmere om hva som ligger i dette kravet er ikke kommentert i forarbeidene til bestemmelsen. Ettersom kravet til underretning etter § 60 tilsvarende kravet i § 47 er det grunn til å hevde at de samme momenter gjør seg gjeldene her. Drøftelsen i punkt 2.7 er derfor relevant her.

## 4 Virkninger

### 4.1 Virkninger ved overholdelse av frarådningsplikten

Overholdelse av frarådningsplikten medfører ikke nødvendigvis at låne- eller kausjonsavtalen ikke inngås. Som nevnt ovenfor under kravet til underretting, innebærer ikke frarådningsplikten noe forbud mot å inngå låne- eller kausjonsavtalen, jfr. NOU(s. 54).

*Når låntakeren er advart mot motforestillingene, vil begge parter være klar over den betydelige risiko for mislighold som foreligger. Det behøver ikke være noe betenkelig i det, f.eks. dersom en far kausjonerer for lån til sin sønn, og alle involverte er klar over at det er sannsynlig at det er faren som til syvende og sist må tre støttende til.*

Bestemmelsen bygger på den tanke at frarådningsplikten i seg selv vil være et sterkt incentiv i retning av å droppe låneopptaket.

I Innst.S.Nr.36(2004-2005) har Justiskomiteen kommet med flere forslag for å hindre at flere får gjeldsproblemer. I denne sammenheng ønsker komiteens medlemmer fra Fremskrittspartiet at frarådningsplikten nødvendigvis må være sammenfallende med et negativt svar på en låne- eller kredittsøknad. De mener dagens ordning er selvmotsigende ettersom kredittinstitusjonen kan innvilge og fraråde ett og samme lån/kreditt til en og samme søker. Medlemmene mener frarådning ligger implisitt i et negativt svar på en låne-/ kredittsøknad uavhengig av finansavtaleloven § 47. De ønsker derfor å ta frarådningsplikten et skritt lenger ved å se den i sammenheng med adgangen til å gi avslag. Altså nekte å inngå låneavtale dersom frarådningsplikten trer inn.

Dette forslaget er for så vidt i samsvar med hensynene bak bestemmelsen. Dersom nødvendig styrke mangler hos låntakeren bør långiveren fraråde låneopptaket. I dette ligger

jo at låntakeren ikke bør ta opp lånet. Et avslag vil derfor kunne hindre debitor å få gjeldsproblemer. På den annen side vil et totalforbud mot å yte lån virke for strengt og legge for mange bånd på lånegiver. Dersom det skulle være likhetstegn mellom avslag og frarådningsplikt må grensen for frarådningsplikts inntreden heves. Slik grensen er i dag vil en slik praktisering virke uheldig.

Dersom partene frarådes før avtaleinngåelsen kan de derfor selv velge om de vil inngå avtalen eller ikke. Det er opp til hoveddebitor etter § 47 og kausjonist etter § 60.

Etter §§ 47 og 60(1) kan hoveddebitor og kausjonist også frarådes før lånet utbetales. Som nevnt ovenfor blir virkningen av slike bestemmelser at frarådningsplikten kan ”inntre etter at det er inngått bindende avtale om lån”. Mindretallet i Banklovkommisjonen presiserer i den forbindelse at låntakeren i slike tilfeller som hovedregel bør ”ha rett til å meddele at lånet likevel ikke ønskes tatt opp”. I denne sammenheng mener mindretallet at § 53 i finansavtaleloven om låntakerens rett til førtidig tilbakebetaling av lånet bør gjelde analogisk for denne situasjonen. Dersom långiveren fraråder forbrukeren etter at bindende avtale er inngått medfører det at låntakeren kan gå fra avtalen. Hvorvidt kausjonisten også kan gå fra avtalen er ikke kommentert i forarbeidene, men det er rimelig at han har tilsvarende rett.

#### 4.2 Virkninger ved brudd på frarådningsplikten etter finansavtaleloven

Virkninger ved brudd på frarådningsplikten etter § 47 er at forpliktelsene ”lempes for så vidt dette finnes rimelig”. Virkninger ved brudd på § 60 er at ansvaret ”nedsettes for så vidt lemping finnes rimelig”. Dette innebærer at lemping er sanksjonen for brudd på begge bestemmelsene. Derfor er behandlingen felles for brudd på frarådningsplikten etter §§ 47 og 60.

Hva som ligger i lemping etter bestemmelsene er presisert i NOU (s. 56). Forslaget gir rom for å finne en passende reaksjon i det enkelte tilfelle. Lemping er en fleksibel reaksjon som vil bidra til ”å berge skyldneren ut av sine problemer, og å sanksjonere og dermed

effektivisere regelen i forslaget”. Sanksjonen er derfor egnet til å styrke frarådningsplikten etter bestemmelsen.

Ved vurderingen av hva som er en ”rimelig” lemping skal det legges vekt på en rekke omstendigheter. To avgjørende momenter er hvor grov overtredelsen av frarådningsplikten er og om låntaker selv kan bebreides. Mindretallet presiserer at dersom ”låntakeren selv må ha forstått at han ikke ville makte å betjene lånet, bør dette i totalvurderingen redusere betydningen av långiverens forsømmelse, og vil derfor tale mot lemping av avtalevilkårene”. Lemping vil etter mindretallets forslag være utelukket dersom kunden bevisst gir uriktige opplysninger om egne økonomiske forhold. Det avgjørende for vurderingen her er om institusjonen får et galt inntrykk av låntakers økonomiske evne.

Når det gjelder selve lempningen kan den foretas på flere måter. Mindretallet foreslår her at restfordringen kan reduseres, renten kan reduseres eller bortfalle og nedbetalingstiden kan forlenges. Det er også mulig å kombinere disse variantene.

## 5 Avslutning

Finansavtaleloven §§ 47 og 60 har bidratt til å styrke forbrukernes stilling ved inngåelse av låne- eller kausjonsavtaler. Dette skyldes at kravene knyttet til långivers frarådningsplikt er skjerpet.<sup>45</sup> Selv om forbrukernes stilling er endret juridisk sett, er det uklart hvorvidt dette også er tilfelle i praksis.

Det er i dag mange som sliter med store økonomiske problemer. Av denne grunn er det foreslått ytterligere tiltak for å hindre en ny gjeldskrise jfr. Dokument nr.8:66 (2003-2004). Av disse var det tre forslag som justiskomiteen ønsket at Stortinget skulle behandle slik at Regjeringen kunne fremme forslag om lovendring, jfr. Innst.S.Nr.36(2004-2005).

Justiskomiteen ønsket for det første å fremme forslag ”som styrker kontrollen av form og innhold i markedsføring av usikret kreditt, slik at de reelle betingelsene for kunden kommer klart frem”. Grunnlaget for dette er blant annet at omfanget av usikret kortsiktig kreditt har økt de siste årene. Disse lån har høyere rente enn de med sikkerhet. Det finnes lån med renter opp til 20%. Finansinstitusjonene reklamerer med enkel saksbehandling. Det er grunn til å tro at en slik praksis medfører en uforsvarlig kredittgivning.

Problemet er at det reklameres for og oppfordres til å ta opp lån til rent forbruk. Man kan ofte låne mellom 10.000 og 200. 000 kr uten sikkerhet. De som velger å ta opp et usikret lån til skyhøy rente er ofte de som har økonomiske problemer fra før. Strengt tatt er reklamen i realiteten rettet mot den gruppen man i utgangspunktet burde fraråde. Det er ikke direkte i strid med frarådningsplikten, men det er litt betenkelig at det er adgang til å reklamere med låneopptak til denne gruppen av personer, særlig ettersom långiver samtidig

---

<sup>45</sup> Se pkt. 2.2.3 og 3.2.3

bruker ressurser på å hindre at denne gruppen tar opp lån. Det foreligger en dobbeltmoral her. Det er derfor viktig å styrke kontrollen av denne markedsføringen.

Videre ønsket finanskomiteen at Stortinget skulle vurdere en lovfestet av frarådningsplikt ved utlån som reguleres av kredittkjøpsloven, jfr. pkt. 2.4. Tilslutt ønsket komiteen at Stortinget skulle be Regjeringen ”utrede adgang til personlig konkurs med sletting av gjeld”. En slik adgang vil bedre situasjonen for folk med gjeldsproblemer, men det bryter samtidig med prinsippet om at gjeld som er stiftet ved avtale skal betales. Selv om tanken bak dette forslaget er god, er det mulig at forslaget vil virke mot sin hensikt. Økt risiko for utlånere vil kunne føre til en renteheving på denne formen for kreditt.

Argumentene for disse endringene er de samme som ble brukt under innføringen av finansavtaleloven. Det foreligger derfor grunnlag for å hevde at forbrukernes faktiske stilling ikke er endret i like stor grad som den juridiske. Det foreligger ikke sterke nok incentiv for långiver til å unngå å yte lån til lånsøkere med svak økonomi. Problemet er at så lenge det er sterk etterspørsel så vil det være et marked. Folk med økonomiske problemer trenger penger. Å låne penger til denne gruppen er forbundet med stor risiko. Derfor yter långivere lån mot skyhøy rente og andre kostnader for låntaker. På denne måten eliminerer de noe av risikoen. Det er disse omstendigheter som utgjør det største problemet på dette området. Det er disse låntakere som burde frarådes, men samtidig er denne gruppen et lett bytte for de som vil tjene penger. Dette forholdet var en del av grunnlaget for finansavtalelovens frarådningsplikt. Nå brukes dette forholdet igjen som argument for ytterligere endringer. Kanskje noe av problemet knytter seg til långiverne. Burde man heller innføre sanksjoner for å hindre at ”de useriøse” aktørene ”skor seg på” de som skulle ha vært frarådet?

## 6 Litteraturliste

- Dørum, Odd Einar     *Inkassokostnader mer enn statlige gebyrer*. I: Aftenposten 12.02.05
- Hagstrøm, Viggo     *Obligasjonsrett*. Oslo, 2003
- Hagstrøm, Viggo     *Bankklagenemndas praksis*. 2.utg. Oslo, 2000
- Hagstrøm, Viggo     *Kausjonsretten i forandring*. I: JV. 2003, s. 45
- Hagstrøm, Viggo     *Kausjonsretten og avtaleloven § 36*. I: LoR. 1996 s. 78
- Smith, Carsten     *Garantikrav og garantisvern (Garantirett III)*. Oslo , 1980
- Torvund, Olav     *Betalingsformidling i et rettslig perspektiv*. Oslo, 1993

## 7 Forkortelser

- |      |                |
|------|----------------|
| Flg. | Følgende       |
| Jfr. | Jamfør         |
| JV   | Jussens Venner |
| LoR  | Lov og Rett    |
| Pkt. | Punkt          |

## **8 Lovregister**

Avtaleloven	Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer 31. Mai 1918 nr. 4.
Finansieringsvirksomhetsloven	Lov om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner 10. juni 1988 nr. 40
Finansavtaleloven	Lov om finansavtaler og finansoppdrag 25. juni 1999 nr. 46
Forbrukerkjøpsloven	Lov om forbrukerkjøp 2. juni 2002 nr. 34
Kjøpsloven	Lov om kjøp 13. mai 1988 nr. 27
Kredittkjøpsloven	Lov om kredittkjøp 21. juni 1985 nr. 82

## **9 Forarbeider**

### **Norges offentlige utredninger:**

NOU 1994: 19	Finansavtaler og finansoppdrag
--------------	--------------------------------

### **Odelstingsproposisjoner:**

Ot.prp. nr.41 (1998- 1999)	Lov om finansavtaler og finansoppdrag
----------------------------	---------------------------------------

### **Innstilinger:**

Innst.O.nr.84 (1998- 1999)	Innstilling fra justiskomiteen om lov om finansavtaler og finansoppdrag
Innst.O.nr.69 (2001- 2002)	Innstilling fra justiskomiteen om lov om forbrukerkjøp



## **10 Andre offentlige dokumenter**

Dokument nr.8:66 (2003-2004)	Privat forslag fra stortingsrepresentantene Audun Bjørlo Lysbakken, Heidi Grande Røys, Magnar Lund Bergo og Kjetil Bjørklund om tiltak for å hindre en ny gjeldskrise
Innst.S. Nr.36 (2004-2005)	Innstilling til Stortinget fra justiskomiteen
Dokument nr. 15 (2004- 2005)	Spørsmål nr. 306, datert 09.12.2004
Hovedavtalen for Bankklagenemnda	

## **11 Domsregister**

### **Norsk Retstidende (Rt):**

Rt.1959 s.248

Rt.1959 s.1048

Rt.1975 s.992

Rt.1982 s.1062

Rt.1984 s.28

Rt.1984 s.248

Rt.1987 s.744

Rt.1988 s.1078

Rt.1993 s. 1482

Rt.1994 s.1288

Rt.1995 s.245

Rt.1995 s.1540

Rt.2000 s.70

Rt.2003 s.1252

Rt.2004 s.156

**Rettens Gang (RG):**

RG.1994 s. 334

**Upubliserte dommer:**

LE-2003-5641. Eidsivating Lagmannsrett – Dom. 2004-01-05

LA-2002-477. Agder Lagmannsrett – Dom.

**12 Andre avgjørelser**

**Uttalelser fra Bankklagenemnda:**

BKN-92001

BKN-93109

BKN-94028

BKN-95039

BKN-95040

BKN-97055

BKN-99053

BKN-00001

BKN-01056

BKN-02004

BKN-02024

BKN-02104

BKN-03071

BKN-03097

BKN-03136

BKN-03140

BKN-03108

BKN-04066

BKN-04071

BKN-04072

BKN-04108

BKN-04112

BKN-04164

BKN-04016

BKN-05059

**Uttalelser fra forbrukertvistutvalget:**

FTU 2003/ 048

FTU 2003/ 314